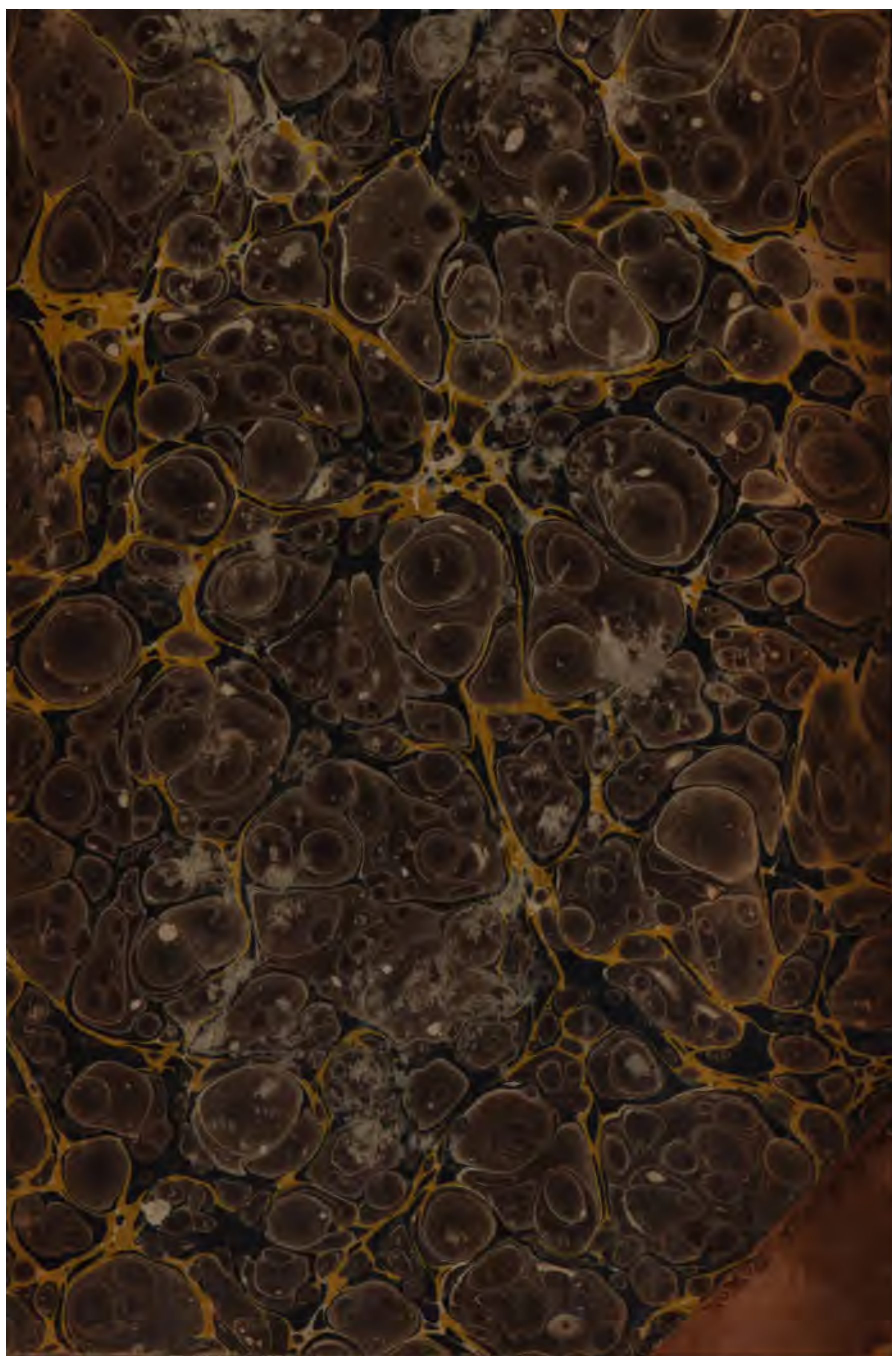
VISIT…

LANZAROTE Caliente.COM





THE

DOCTRINE OF JUSTIFICATION

BY FAITH ONLY,

AS HELD BY THE CHURCH OF ENGLAND,

AND EXPLAINED BY BISHOP BULL,

VINDICATED

AGAINST A CHARGE LATELY PUBLISHED

BY THE VENERABLE

J. H. BROWNE, A. M. ARCHDEACON OF ELY,

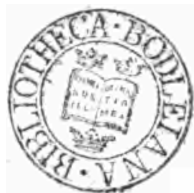
In a Letter addressed to the said Archdeacon,

BY THE

REV. C. M. MOUNT, A. M.

LATE FELLOW OF CORPUS CHRISTI COLLEGE, OXFORD,

AND MINISTER OF CHRIST CHURCH, BATH.



BATH:

PRINTED BY RICHARD CRUTTWELL, ST. JAMES'S-STREET;

AND SOLD BY

C. AND F. RIVINGTON, ST. PAUL'S CHURCH-YARD,

AND WATERLOO-PLACE, LONDON;

AND JOHN UPHAM, BATH.

1827.

TO THE

RIGHT REVEREND FATHER IN GOD,

THOMAS LORD BISHOP OF SALISBURY,

D D. F.R.S. F.A.S., AND P.R.S.L.

CHANCELLOR OF THE MOST NOBLE ORDER OF THE GARTER,

&c. &c. &c.

WHOSE INTREPID DEFENCE OF

The Church of England in general,

AND WHOSE PARTICULAR EXERTIONS

IN BEHALF OF THAT CHURCH,

DURING HIS CONNEXION WITH THE SEE OF ST. DAVID'S,

RENDER HIS NAME WORTHY OF BEING

ASSOCIATED WITH HIS EVER-MEMORABLE PREDECESSOR

Bishop Bull;

THE FOLLOWING ATTEMPT TO VINDICATE

THE CHURCH OF ENGLAND AND BISHOP BULL

IS,

WITH EVERY FEELING OF SINCERE RESPECT AND REGARD,

INSCRIBED

BY HIS LORDSHIP'S VERY FAITHFUL

AND OBEDIENT SERVANT,

THE AUTHOR.

TO

THE VENERABLE J. H. BROWN, A. M.

ARCHDEACON OF ELY,

REVEREND SIR,

THERE is, perhaps, no Article of our religion which has opened a wider field for polemical discussion than the doctrine of Justification by Faith. And perhaps no subject has occasioned a more angry tone of bitter accusation and unhallowed recrimination among those, between whom it were more desirable to have seen the right hand of good fellowship mutually exchanged. Completely exhausted, as of late years, the question has been, I must confess that it is not without regret that I perceive it again revived, and made the exclusive topic which an address *ex cathedrâ* to the Clergy embraces. Within the compass of no long period from the present time, a direct charge was pointed against the great body of the officiating Ministers of the Church of England, that they were not preachers of the Gospel. Now,

although the publication before me does not assume a tone so pointedly offensive as that to which I have just alluded, yet I apprehend there can be no mistake in supposing that you mean to speak like one having authority, and judicially to censure the greater number of your fellow-labourers in the same vineyard, as opponents of the doctrine of Justification by Faith only; and therefore my province must be to endeavour to raise up a shield in their defence, and to plead on their behalf, that when defined according to the language of Scripture and the Reformation, they maintain that doctrine as unreservedly as yourself. It is not without reluctance that I commence the task, well aware as I am that the subject has already occasioned too much acrimonious feeling; being likewise conscious to myself that your accusation contains as little originality as will be found in my defence. Nevertheless, even if the statement which that accusation exhibits has been made a thousand times before, and a thousand times refuted, still, as long as it continues to operate on the public, it becomes a duty to oppose it. An objector, if he be worthy of notice, should not remain unanswered, lest it should be supposed that his objections are unanswerable.

Before I examine the successive arguments on which your official reproof is founded, it may be as well to analyze the language of which it is

composed. For we may argue *ad infinitum* about the meaning of a proposition, unless the terms of which it is made up be previously defined. In the case before us then, which relates to justification by faith only, it seems necessary to determine the import of the words, or else we shall never be likely to arrive at the signification of the thing.

Justification is a forensic term strictly denoting the reverse of condemnation. Thus, in a Court of justice, a man would be said to be justified who had been acquitted of any particular offence with which he had been charged. In the case, however, of scriptural justification, where God is the justifier and man the party to be justified, it is carefully to be noted that the acquittal of the latter does not imply that sin was not previously lying at his door. The criminal stands convicted; but his guilt antecedently contracted is mercifully overlooked, and the penalty due to it graciously remitted. But remission of sin is not the whole which is to be taken into the account. By justification the sinner's sentence is not only reversed, but he is moreover taken into favour and acceptance. He is not only released from a state of apostacy, but he is placed in a state of adoption and grace. Here, however, it is worthy of remark, that the term under its various inflexions has an extensive use in scripture. It is applied to the *Jews and †Gentiles alike, and to

* Rom. ii. 13; iv. 2. James ii. 21. † Gal. iii. 8.

*both collectively; and in †one instance it has reference to all mankind, at the final day of account. When, however, the term relates to *Christians*, (as in St. Paul's epistles) it is most especially to be observed, that its signification is ‡limited to this life, and *principally* to their entrance into the christian covenant by baptism; when (as the learned Barrow observes) "they "openly professing their faith, and undertaking "the practice of their christian duty, God doth "solemnly and formally absolve them from all "guilt, and accept them into a state of favour "with him."|| And "this justification may be called "(says Cranmer) the *first* justification, that is to "say, our first coming into God's house, which is "the Church of Christ, at which coming we be re-"ceived and admitted to be of the flock and family "of our Saviour Christ."§ But a first justification implies that there is one final to follow; and accordingly, after the example of Cranmer and his brethren of the Reformation, many of our

* Gal. iii. 8. † Matth. xii. 36, 37.

‡ As in Rom. v. 1, where "*being justified*" might have been translated "*having been justified*," δικαιωθέντες:—in Rom. v. 9. where the same participle occurs in the same tense; in 1 Cor. vi. 11, where "*ye are justified*" might have been rendered, "*ye were justified*," ἐδικαιώθητε.—Justification appears to be limited to this life in the xith, xiith, xiiith, and xviith Articles of our church.

|| Barrow's Works, v. ii. p. 45.

§ Nec. Doctr. & Erud. for any Christian Man, 1543. Art. Just.

soundest divines hold themselves warranted in distinguishing between a *present* and a *future* justification, taking the term in its latter sense as equivalent to our final acceptance at the last day. I am aware that this distinction is not universally adopted, inasmuch as some writers had rather restrict justification (when applicable to Christians) to regeneration in the first instance by baptism and to every subsequent instance of **recovery* by repentance, and prefer the term *salvation* to denote our ultimate forgiveness in the next world. Nevertheless, as this latter term is not only employed in the New Testament to express our final admission into everlasting happiness, but is used also to describe our †first entrance into the Christian Covenant, I feel myself supported by indisputable authority in affixing to justification that double signification to which I have just adverted. And under this view of the subject, I shall consider our *present* justification as confined to this life, and consisting in the remission of sin; and our *final* justification as having reference to the life to come, and embracing our future reward.

* "We may depart from grace given, and may rise again." xvith Art.

† In Rom. viii. 24, where "εσωθημεν" might have been rendered we *were* saved." 2 Tim. i. 9; Tit. iii. 5. In 1 Cor. i. 18, "τοις σωζομενοις" expresses the whole society of Christians.

But justification is said to be wrought by *faith*; it may be needful then to define this second term of the proposition. Faith is a term of like import with belief or persuasion; for in all cases πιστις is the result τυ πεπεισθαι. In Scripture it bears this sense variously modified under various circumstances. Thus, the faith applied by the Apostle to the illustrious catalogue of worthies contained in the eleventh chapter of his Epistle to the Hebrews, was the belief in the revealed will of God which the Patriarchs testified under the Patriarchal and Mosaic dispensations. Thus, too, the faith applied to Christians in the Apostolical Epistles, is the belief of such truths as the Christian Dispensation professes to reveal. Nevertheless, in the New Testament the term does not always convey the same *kind* of belief. In reference to justification, faith is considered either the *mean* through which we embrace that remission of sin which takes place in baptism; under which abstract notion it is the bare consent of the mind to accept the grace conferred. Or again, it stands for the *condition* on which our future reward is suspended: under which comprehensive idea it must resolve itself into a persuasion made up of the concurrence of the will united to the assent of the understanding.

But we are said to be justified by faith *only*; and therefore the subject of exclusion must be here determined. With regard to our *first* justifica-

tion, it is by faith *only* as a *mean* that we can embrace remission of sin. That is, of that grace by virtue of which we exchange a death unto sin for a new birth unto righteousness, faith in its *abstract* sense is the *sole* instrument of reception. Through this *self-denying* medium, all is here ascribed to the divine goodness to the exclusion of human deserving. In reference to our final reward we are justified by faith *only* in its *complex* sense. That is, after we have consented to hold remission of sin by a *submissive* in opposition to a *self-sufficient* tenure, if, with the understanding we assent to the promises, and with the will conform to the precepts, of Christianity, we shall be allowed to put in our supplication for our future reward. But we can only supplicate conditionally; and therefore the conditions are not excluded. By *grace*, the debt has been cancelled, and the recompense will be conferred, to the exclusion of *merit*.

Having thus cleared the way by these preliminary observations, I come forthwith to the proposition which you undertake to demonstrate; which is, that if it can be satisfactorily shewn, that man cannot be justified (that is, finally saved, as you will have it) by works alone, nor by faith conjointly with works, it follows that he must be justified by faith alone.* Your argument, thus hypotheti-

* See Charge, p. 8, 9.

cally constructed, depends of course upon the truth of your hypothesis. In other words, the admission or rejection of your consequent depends altogether upon the admission or rejection of your antecedent. I proceed then to examine the grounds upon which your antecedent rests, to ascertain the validity of the consequent which is built upon it.

1. Your first position is incontrovertible. To those who profess the christian religion, it were almost superfluous to adduce a point so indisputable, as that man cannot attain salvation by his own strength. For if a fallen race can *immediately* effect their own recovery, to no purpose was the *mediatorial* system of redemption laid from the foundation of the world. That the children of a disobedient forefather cannot challenge justice but must sue for mercy, is a theological axiom which the christian may assume. A doctrine so unquestionable needs no discussion.

Whilst however I heartily subscribe to the truth of your first hypothesis, I cannot pass by some of your incidental remarks which occur in the course of your argument. To refute the doctrine of justification by works, you cite the Thirteenth Article ; but your citation does not strike me as throwing much light on a subject which is sufficiently luminous without its assistance. The Article professes to treat of "works done before "justification," which is taken therein, as well as

in the two preceding Articles, as synonymous with baptism. This indeed was the sense in which the term was generally used by our reformers ; as may be manifest by a reference to Cranmer's Necessary "Doctrine,"* and to the "Homily on Salvation." When therefore the Article affirms, in opposition to the errors of the Schoolmen, that "works done before the grace of Christ and the inspiration of his spirit, are not pleasant to God," it has in view such works as (in the language of the schools) were *congruously* meritorious of the divine grace, by the communication of which the agent was said to be justified or *condignly* meritorious in the sight of God. How the Article can be said (as you will have it) to relate to such works as "in popular "language are denominated virtuous actions and "good †deeds," I am at a loss to conceive; nor do I understand how it was originally intended to disprove the fact, that such popular deeds can be instrumental in procuring man's justification, or "final adjudication to eternal life."‡

* Therein *baptism* is mentioned as the "way by which "God hath determined, that being of age, and coming to "christendom, should be *justified*."—In the Homily on Salvation (3d part) it is declared, "our duty is not to pass the time of this present life unfaithfully and idly, after that we are *baptized* or *justified*."

† Charge, p. 13.

‡ See the term defined in Charge, p. 7, 8.

But further, as if your first position was not sufficiently established, you contend, *that even the sincere christian's works are imperfect; and that these imperfections will stand in need of being hereafter pardoned. The fact is indisputable; but when you go on to declare that habitual sin "is altogether incompatible with *every notion* "of a regenerate state," what am I to understand *is* the state to which you here advert? If your notions about this state had been explicitly unfolded, then might your readers have formed some idea as to the import of your declaration which has reference to this state. Unless however the state itself had been defined, it were useless to discuss the question, in what sense habitual sin may be said to be incompatible with it, or otherwise. Without undertaking to determine what your conception of this state may be, in defence of my own (which is occasionally apparent in the course of the discussion) I will just observe by the way, that to disjoin regeneration from baptism is not only to run counter to the †official declarations of our church, but in the interpretation of Scripture is to violate the principles of sound verbal criticism, of historical testimony, and doctrinal analogy. The term *regeneration* cannot be applied to any operation subsequent to baptism, without de-

* Charge, p 14, 15.

† Contained in our Liturgy, Articles, and Homilies.

stroying the signification of *analogous phrases in Scripture, which are equivalent to our entrance into the christian covenant;—nor, without overturning the evidence, by which it appears, that, about the time of the christian æra, expressions of like import were in use among the Jews, to denote the admission of a †Heathen convert to the Jewish church;—nor, without entirely dislocating the whole frame of the gospel system, which as a system must have a commencement, and which commencement cannot with propriety be transferred to any period subsequent to baptism, because no other period fitly expresses the christian's entrance upon his new privileges.

II. Having completely destroyed the supposition, that a man can be justified by works alone, you advance to the discussion of your second question; which is, whether a man is "‡justified "by faith and works conjointly, or as it is more fre-"quently expressed, by faith and obedience." And as the collective force of your censure turns upon this question; that is, as you charge those,

* Such as "new birth," "a new creature," "born again," "created new," &c.

† See Waterland's Discourse on Regeneration, where, in illustration of this point, he appeals to Selden, Elderfield, Wall, Wotton, &c. &c.

‡ Charge, p. 15, 16.

who contend for the *necessity* (not the *sufficiency*) of obedience, as being opponents of a fundamental article of Christianity, I now proceed to examine successively the grounds upon which your objections rest.

1. Your first objection against the doctrine of justification by faith and obedience is, that it appears to bear a manifest affinity to the erroneous views of justification which some Judaizing teachers had introduced into the Churches of Galatia. And (if I understand you) the features of the resemblance are, that as the Jewish proselyte attempted to blend the observance of the law of Moses with the profession of Christianity, and thereby brought himself under an obligation of again submitting to the letter which killeth to the rejection of the Spirit which giveth life; so, the Christian, by admitting the concurrent necessity of faith and works in the process of final justification, virtually renounces the redeeming grace of the gospel.* But I have yet to learn wherein the points of the comparison consist. The Levitical law, strictly considered as such, may be divided into two branches, the *ceremonial* and the *ritual.* The former, as a typical symbol of the gospel, was "the shadow of good things to come:" the latter, as a restrictive code of carnal ordinances, was alto-

* Charge, p. 16.

gether independent of the christian system. As to the *moral* law, it was adopted from the Patriarchal into the Jewish œconomy, and on Mount Sinai was confirmed and inscribed in legible characters for the use of succeeding generations. Thus then the matter stands. The *ritual* part of the Mosaic law expired as a matter of course with the dispensation which gave birth to it, the purpose for which it was enacted being completely answered; and the *ceremonial* part was actually fulfilled by the coming of the promised seed, of whom it had been the prefigurative signature. Of the *moral* law, which had from the beginning been the subject of God's occasional communications to mankind, not one jot or tittle was destroyed under the last revelation of his will. Still, however, under the Law and under the Gospel the moral commandments were enjoined under very different circumstances. By the Law no remedy was provided for moral transgression, because the Mosaic Covenant was defective both in *pardoning* and *assisting* grace. By the gospel we not only obtain remission of sin upon our entrance into the Christian Covenant, and are subsequently furnished with continual succours to enable us to fulfil its conditions; but moreover, if through the weakness of our mortal nature we fall from the state of salvation in which we have been placed, we may rise again, and by repentance may be reinstated into favour with

God. When therefore the Apostle poured forth his strain of ardent and affectionate expostulation against the "foolish Galatians," his intention was to upbraid them for attempting to obtain justification through a system which made no provision for it. Whereas they to whom your objection applies seek for justification under a system, which (as they believe) prescribes the observance of the moral law as the condition of their final acceptance; but which, at the same time, supplies them with ample assistance to conform to the precepts of that law, and with pardon for those occasional transgressions of it which are the consequence of their hereditary corruption. But these are the two cases, which strike you as being so closely parallel, as to carry upon the face of them a like renunciation of the gospel privileges. Be it so, according to your estimation. To my conception, however, two instances cannot be adduced which are more widely dissimilar. Your opposition appears to me to be entirely defective in its members; and therefore the conclusion which rests upon that opposition must wholly fail. However erroneous may be the view of those against whom your reproof is pointed, still their error cannot be the error of the Jewish Christian which the Apostle combated in his epistle to the Galatians.

2. The second objection which you adduce against the association of works in any proportion

with faith in the office of justification is, that it is "utterly incompatible with the notion of sovereign "mercy and gratuitous redemption."* What then am I to understand by *gratuitous* redemption? In consequence of the Fall, the whole race of mankind were placed in a state of captivity, from which they were wholly unable to release themselves. To set the captive at liberty, a ransom was however provided. Upon the principle of *commutation*, by which one person or thing is substituted in the place of another, God was pleased to accept a vicarious sacrifice in the room of the sinner's life which was forfeited; and thus peace was effected between heaven and earth. Now, that God should remit the penalty of death which justice demanded, was in itself an act of grace, independent of the promise of eternal life which was super-added to it. Nor does the supposition that the promise should rest on conditions prescribed, at all divest the previous act of its all-gracious character. To him who was sunk into an abyss of despair, any way of escape was a gratuitous mercy. If, however, to an escape from extreme misery be appended the *conditional* offer of supreme happiness, surely the mercy is not thereby contracted in its limits, but rather increased in its measure. This, I take it, is a

* Charge, p. 16.

summary delineation of the system of man's salvation; a system which unfolds the *gratuitous* remission of sin, and the *provisional* expectation of future reward. Nor is my conception of this system at all affected by the import of the two parables of the Unmerciful Servant, and of the Creditor and his two Debtors, which you have cited to illustrate your view of the subject. The parables in question were no doubt intended to represent to us, that as insolvent debtors we needed a gratuitous discharge from our debt; but it is no part of their design to indicate that an additional recompense will be unconditionally conferred. The parable of the Great Supper meets, I conceive, your objection to conditional salvation. Therein the admission of the guests invited depended upon their appearance in a wedding garment. Was the goodness of the kingly householder less bounteous, because he stipulated that each guest must provide himself with a suitable attire, before he was permitted to sit down to the supper? Again, a king passes an act of pardon, by which the rebel is entitled to protection from the penalties of the law, *provided* he will give security for his future allegiance. Is the mercy of the sovereign less gratutious, because he annexes a suitable provision to his bill of indemnity? Just so, a dispensation has passed the Throne of Grace, by virtue of which,

"being *now* justified, we *shall be* saved,"† provided we qualify ourselves for the salvation to which we are conditionally entitled. Is the dispensation divested of its characteristic feature of grace, because it suspends our final acceptance on stipulations which are accommodated to our lapsed state? Rather should I say, that the divine grace is more conspicuous, by resting our admission into everlasting happiness, on such terms as are conducive to the restoration of our fallen nature, and will render us meet to be partakers of our heavenly inheritance. We do not, I conceive, make void the grace of God, by indulging the humble but cheering hope, that if we put on the christian garb of holiness, then, although it will not be without such spots or wrinkles as would render us unfit to stand before Him, into whose presence no unclean thing can be admitted; nevertheless, the stains with which it must be defiled, will be washed out in the blood of the Lamb, and we shall at length be provided with that robe of celestial purity, which is reserved for the glorified spirits of just men made perfect. But,

3. I proceed to your third objection to "the "admixture of faith with works in justification,"* which is, that it "tends to derogate from our "Saviour's merits," and is a presumptuous addision of our own righteousness to the all-perfect

† Rom. v. 9. * Charge, p. 18.

righteousness of our Redeemer. To this objection then I reply, that, as *meritorious causes*, faith and works, either *separately* or *conjointly*, most indisputably depreciate the value of the atonement; not so, I apprehend, if they are considered as *indispensable conditions*. And this distinction may be made evident in a few words. By the effects of the Fall, an insolvent race was unable to satisfy the demands of justice. And the deficiency in the payment so much turned the scale against them, that some complement became necessary to adjust the inclination. To restore then the balance to its proper equilibrium, and thus to set matters *right*, was the office of Him who, by reason of the supplemental weight which he furnished to make things even; is fitly styled the " Just One," and " the Lord our Righteous-" ness." And thus, according to this stupendous and mysterious project of *commutative* righteousness, man becomes justified, and God's justice is satisfied; that is, the righteousness* of One who knew no sin is accepted as a vicarious substitute for the defective righteousness of the sinner. By the imputation of the Redeemer's

* By the righteousness of Christ I mean his *passive* righteousness, *i. e.* the righteousness whereby Christ made satisfaction for sin. By Christ's righteousness imputed in this sense to the sinner, he obtains absolution from the guilt and penalty of sin.

righteousness, the debtor obtains an acquittal, and a *covenanted* title to salvation is made over to him. Now surely, a conditional promise of life everlasting is in no wise inconsistent with a release from eternal death, nor does a man's sincere endeavour to attain the former at all detract from the precious ransom by which the latter was effected. The sufficiency of Christ's oblation for the remission of sin is no bar against a man's exertion to obtain his future reward; nor does a man's striving his utmost to fulfil the terms on which his final acceptance is suspended, in the least derogate from the meritorious efficacy of the Redeemer's sacrifice. If my benefactor, of his own free-will, without any reference to my deserts, releases me from difficulty, and moreover offers to grant me a favour upon stated conditions; does my compliance with the conditions proposed at all diminish the free-will under the original impulse of which the release was effected, and the favour was offered? Does the patient who pursues a course of temperance as the stipulation upon which his ultimate recovery is dependent, in any way subtract from the worth of an antecedent prescription which saved him from an untimely end? Viewing the matter in a light quite different from that in which it presents itself to your mind, I must protest against your assertion that Christ's perfect satisfaction has for ever "excluded the necessity as well as the possi-

" bility of our co-operating with him"* towards the attainment of salvation. By what authority has it been so excluded? Was it excluded by the Author of our salvation, when he told the young ruler that " if he would enter into life, he must " *keep the commandments*?"† Was it excluded in his Sermon on the Mount, wherein he explicitly declares that the kingdom is reserved for him only who *doeth* the will of his Father which is in heaven?‡ Was it excluded by the Apostle, when, as if in anticipation of the Antinomian construction which was subsequent put upon the leading doctrine, in his Epistles to the Romans and the Galatians, he positively affirms that the law, instead of being made void, was established by faith?§ When indeed reference is made to these epistles to establish the doctrine of justification by faith only, it may be readily conceded that works are excluded, if justification be considered as equivalent to baptism; the sense in which it was confessedly taken by the Apostle. For before a person is made a member of Christ, and assisted by his grace, he must be supposed to be altogether incapable of performing any works to which his justification can be owing. It is therefore evident, from the very nature of the thing, that *christian*‖ works

* Charge, p. 18. † Matth. xix. 17

‡ Matth. vii. 21. § Rom. iii. 31.

‖ The assertion here, and in the passages immediately going before, is meant to apply to *external* works. The

were no part of the ingredients which entered into the composition of St. Paul's argument. Indeed the very structure of his argument requires it to be otherwise. In the epistles just adverted to, (so far as the point at issue is concerned,) the inspired writer appears to have had three cases in view. The first is the case of the Gentile convert, whose call to the profession of Christianity is ascribed to the grace of God to the exclusion of his own deservings. The second is the case of the Jewish proselyte, whose christian privileges are referred to the provisions of the gospel to the exclusion of the deeds of the Mosaical law. And the third is the case of the Judaizing Christian, whose participation in the benefits of the Christian covenant is restricted to an unreserved obedience to its injunctions, to the exclusion of the ceremonial observances of the Levitical dispensation. So that the matter here debated by the Apostle has no connexion with the Christian's sentence at the last day, nor does it involve any question whether that sentence will be determined without any reference to his doings. In opposition however to the Jew, who boasted of his outward privileges which belonged to the seed of Abraham, and who thought that the "adoption "and the glory and the covenants" would be suffi-

internal work of repentance was not excluded by the Apostle with regard to the justification of which he was treating.

cient to recommend him to the Throne of Grace, St. Paul explicitly declares, that "not the hearers "of the law shall be just before God, but the *doers* "of the law shall be justified."* And one mightier than the Apostle has left it upon record, that not only of their *deeds* but even of their *words* mankind shall render an account at the day of judgment.† And fortified by such authority, with the pious Burkitt "we plead therefore the "meritorious righteousness of Christ to answer the "demands of the law, but contend for a per- "sonal righteousness of our own to answer the "commands of the gospel." With the judicious Hooker‡ "we acknowledge a dutiful necessity of "doing well;" with him, also, the "meritorious "dignity of doing well we utterly renounce." With the venerable Latimer we believe that, "as touch- "ing our good works which we do, God will "*reward* them in heaven;" with him also we acknowledge that "they cannot *merit* heaven." God forbid that we should presume to rob Christ of his majesty, or that we should think that any sacrifice of ours can be acceptable, before it has been perfumed with the incense of his merits. If however we assign to obedience its relative office in the process of our final justification; that is, if we

* Rom. ii. 13. † Matt. xi. 36.

‡ See Bishop Mant's Bamp. Lect. p. 93, 94.

make obedience through faith the ground on which we shall be allowed to *plead* for mercy at the bar of justice; with all humility we conceive that we are pursuing the course which has been pointed out by Him, who, as he tasted of the bitter cup of sorrow that we might be partakers of eternal joys, so has he declared that "the Son of Man "shall come in the glory of his Father with his "angels; and then shall he *reward* every man "according to his *works*."*

4. As a fourth objection, you proceed to observe, that "to assert that faith and obedience "concur in our justification, is a vain attempt to "assimilate things which are essentially distinct, "and to confound together the covenant of works "and the covenant of grace.' † How then, let me ask, can faith and works be said to be *essentially* distinct? Faith itself (like repentance) is an *inward* work, and certainly differs from the *outward* works of charity and other christian virtues; but the difference is not *essential*. For, if faith and charity be both works, they *essentially* agree. In being different *kinds* of works, they *specifically* differ. Again; how is a confusion occasioned between the covenant of works and the covenant of grace by the concurrence of faith and works in

* Matt. xvi. 27. † Charge, p. 19.

justification ?* Faith under every dispensation, and works suited to each, have been the appointed channel through which man has been led to expect a blessed immortality beyond the grave. Under the covenant of works (before the Fall,) faith or a belief in the existence and revealed declarations of God, and works accommodated to the situation of the first pair, were the articles prescribed. That is, a given rule of life was declared, to the obedience or transgression of which a given reward or punishment was annexed. On the condition of sinless obedience a blissful translation to heaven was promised: against disobedience death temporal and eternal was denounced. When this covenant was made void by sin, of course the penalty threatened was incurred; and *then* was framed a second covenant, under which the *same rule* continued under a change of *conditions*. Obedience was still required: but no longer a *perfect* obedience; but a *sincere* obedience, accompanied with repentance for transgression, and with a prospective faith in "One mighty to save," who was promised to the Patriarchs, and who was typified under the law. And this *modified* obedience has continued the *conditional* ground-work of salvation through the several forms by which the

* Taken, as it is invariably taken throughout the Charge, as equivalent to our "final adjudication to eternal life."

second covenant has at sundry times been diversified. Sometimes indeed the covenant of Moses is denominated the covenant of works; not as if under the Mosaic dispensation nothing but *working*, or under the Christian dispensation nothing but *believing*, was required; but because under the Mosaic œconomy works *exclusively* adapted to that œconomy were enjoined. "Be-"cause of transgression" under the Patriarchal dispensation, the law, that is the Levitical law, was *added*. The law which was in force before, and which has subsisted ever since, was the *moral law*, which began with time, and will not cease until eternity commences; it was in fact a law of universal and perpetual obligation. The law which was *added*, was a law which related to a chosen people, was promulgated for a special purpose, and was to endure only for a season. It was like a restrictive charter granted to an incorporate body, who were obliged to conform to its *special* injunctions and prohibitions, although they were at the same time subject to the *common* law of the land.* In dissolving the union between faith and works in the business of salvation, you are then putting asunder what God has joined together. And if by the covenant of works you mean the Law of Moses, and by the covenant of grace the

* See Dr. Ellis' "Enquiry, whence cometh wisdom and understanding to man," passim.

Gospel of Christ, (under which view they are sometimes taken,) by the contrast which you draw between them, you occasion the very confusion which you impute to others. For these two dispensations *substantially* agree, and only *circumstantially* differ. They agree as to their subject and intent; they differ as to modes and administrations. To borrow the Apostle's allusion, the Jewish and the Christian churches are not two distinct bodies; but the same body under different capacities; just as the heir is the same individual at the different periods of childhood and manhood. It is true, as you observe, a man could not be justified *by* the law; he might, however, be justified *under* the law; or else the law must have disannulled the promise made to Abraham, that in his seed all the earth should be blessed. Though the ceremonies of the law had not a mouth to speak, yet had they a hand to point; and they pointed to that same Author of salvation, who is "the same yesterday, "to-day, and for ever." And as redemption was typified under the ceremonial, so was obedience to the moral law a necessary qualification for eternal life; not indeed a sinless obedience, as you will have it (for perfection from a *fallen* being is absurd); but an obedience, by no means unacceptable, although not sanctified by those plenteous effusions of the Holy Spirit, which in due

season were poured out upon all flesh. For that which was defective in the law and human nature was made good by the Gospel covenant, which has in all ages taken effect on the children of faith, and which, however different in its method and application, has carried on the same plan of salvation through the several dispensations which have intervened between the fall of Adam and the comig of the Messiah.

5. Having made your appeal to scripture for the purpose of destroying the coalition of faith and works in justification, as the ground-work of your fifth and last objection to this union, you cite* the xith Article and its expositor the Homily on Salvation. The value of the citation is then here to be estimated. The xith Article declares that "we are "accounted righteous before God only *for* the merit "of our Lord and Saviour Jesus Christ *by* faith, and "not *for* our own works or deservings." Wherein I would observe that the members of opposition are not *faith* and *works*, but the *merit* of our Saviour and our own *deservings*. According to the Latin text, we are accounted righteous "*propter meritum* Domini Jesu Christi *per* "fidem non *propter opera*."† If then we are

* Charge, p. 21.

† "Per fidem" corresponds to "δια πιστεως" (Gal. ii. 16); the preposition "δια" being equivalent to "per." Whereas "δια πιστιν" is a phrase never employed to express "*by* faith;" "δια" with an accusative case indicating the *cause*, but with a genitive case denoting the *mean*.

accounted righteous *only* for or on account of Christ's merits, we cannot be accounted righteous *only* for or on account of faith; for we cannot be accounted righteous for two things, and each of them **only;* and therefore faith is excluded as a *cause* of justification. The only question then is, whether faith was by our reformers consider as a *mean* through which, or a *condition* upon which, we are accounted righteous before God. And take it in either sense, I apprehend that the propriety of their declaration "that we are justified by faith only" will be apparent, and at the same time the requisite addition of works for our ultimate acceptance will remain unaffected. If then faith be regarded as the *mean* through which we are accounted righteous, then must it be viewed as that particular act of the mind which is exclusively adapted to embrace or lay hold of that remission of sin which has been effected by the blood-shedding of Christ; and as "without shedding of blood there is no remission," we may be very properly said (in this sense) to be justified *by* or *through* faith *only*. But a sole reliance on Christ's merits for the pardon of sin to the renunciation of our own personal deservings, does not ‡exclude obedience as being neither

* See Professor Hey's Lectures, in loc.

‡ This view of the matter coincides with Burnet's declaration. In refutation of the charge which had been

sential nor conducive to procuring our final reward; because, to remit a debt is one thing, to obtain a recompense is another. By our admission into the Christian Covenant we *have been* called to a state of salvation; by our conformity to the terms which that covenant prescribes, we *shall* make our calling and election sure. "*Being freed from sin, and* "*made the servants of God;*" this, as the judicious Hooker* observes, "is the righteousness of "justification. *Having our fruit in holiness*; "this is the righteousness of sanctification. By "the one we are interested in the right of inhe-"riting; by the other we are brought to the "actual possession of eternal bliss; and so the end "of both is everlasting life." Again: Take faith as a *condition* upon which we are accounted righteous, and then faith stands for the whole Gospel system, under which we consent to receive Christ as a King to rule, as well as a Priest to save us. As a Priest, we are obliged to believe him for the remission of our sins; as a King, we are bound to be obedient to the laws which he has prescribed, and on the observance of which our final reward is

brought against our Reformers, that they denied the necessity of good works, the historian observes, "they all "taught that though they (good works) were not necessary "to justification, yet they were necessary to salvation." Burnet's Abr. A. D. 1540.

* Hooker's Works, vol. iii. p. 438, Oxf. ed.

suspended. And on this condition, and this alone, to the exclusion of all expiatory rites under the Mosaic, and all personal merit under the Christian dispensation, can we obtain an acquittal from guilt, and a final adjudication to eternal life. Now, of these two views which may be taken of the doctrine of justification by faith *only*, my persuasion is, that the former was more especially in the contemplation of our Reformers, when they framed the XIth Article; because, a *sole* reliance on Christ's merits for the remission of sin stands in diametrical opposition to the meritorious righteousness of the Church of Rome, by which righteousness the justification of the sinner was said by that Church to be accomplished. But if I am correct in my supposition, then must the Homily on Salvation be viewed in exact conformity with the Article; because the Article sends us to the Homily as the interpreter of its doctrine. Nor is there any thing in the Homily which militates against my conception of the Article. The Homily undoubtedly shuts out works from the office of justifying; but then in the language of the same Homily the terms "*baptized and justified*" are taken in a synonymous sense, and justification and remission of sin are considered as equivalent to each other; and therefore works are therein shut out from the office of procuring

remission of sin, which is the very exclusion upon which the XIth Article insists. But although the Homily explicitly declares that "faith shuts "out works from the office of justifying;" yet it as positively affirms, that "faith doth not shut "out repentance, hope, love, dread, and the fear "of God to be *joined* in every man that *is* justi- "fied;" nor, according to its express language, does "faith shut out good works to be done after- "wards of duty to God." If one Homily* which you have cited, admonishes us "to know our "own works, of what imperfection they be, and "then we shall not stand foolishly and arrogantly "in our own conceits, nor challenge any part of "justification by our merits or works;" yet, in other Homilies which you have not cited, we are reminded, that, if "the only *mean* and "*instrument* required of our parts is faith, that is "to say, a sure trust and confidence in the mercies "of God;"† so likewise, "it is to be taken for a "most true lesson, taught by Christ's own mouth, "that the works of the moral commandments be "the very true works of faith which *lead* to the "blessed life to come;"‡ and "being wrought in "faith, are ordained by God, to be the *right*

* On the Misery of Man, Charge, p. 21.

† Second Sermon on the Pass. p. 362, Oxf. ed.

‡ Sec. part of Serm. on Good Works, p. 41, Oxf. ed.

" *trade and pathway to heaven.*"* Taking then the XIth Article as the text, and the Homily on Salvation (in connection with the other Homilies) as a commentary thereupon, the doctrine (as I conceive) to be elicited from them is, that remission of sin is wrought *by* or *through* faith *only*; which is in no way at variance with the position, that obedience through faith is the very way that leadeth unto life eternal. For after a man has been placed in a state of favour from a state of enmity, there is nothing inconsistent in supposing that his future destiny will have reference to his present conduct. And if the matter needed further confirmation or illustration, it were easy to vindicate the drift and scope of the XIth Article by citations from the several compositions attributed to our Reformers, and by consulting the several Confessions of the Reformed Churches, which were drawn up about the period of our own Reformation. Extracts† might be quoted from our Liturgy, from King Edward's Catechism,‡ from Dean Nowel's Catechism, from Archbishop Cranmer's " Necessary Institution," from Bishop Hooper's Preface to the Ten Holy Command-

* Third part of Serm. on Good Works, p. 49. Oxf. ed.

† The reader will find them in Archbishop Laurence's Appendix to his Bampton Lectures; and in the notes appended to Young's Sermon on Justification by Faith.

‡ Which was the model after which our Church Catechism was constructed.

ments, from Bishop Jewell's Defence of the Apology, from the Augustan,* Saxon, and Belgic Confessions; all of which would severally concur in establishing the position, that our Reformers never intended to shut out the concurrence of holiness as an indispensable requisite for the acquisition of everlasting happiness, when they declared that "we are justified by faith *only*;" nor was it in their meaning, that this declaration should be regarded in any other light than as equivalent to our being "accounted righteous "before God, only for the merit of our Lord "and Saviour Jesus Christ, and not for own "works or deservings;" the words "*by faith*" being interposed to denote the *instrument* by which the gracious provision of Divine mercy is to be apprehended.

III. But proceeding upon the supposition, that the doctrine of justification by faith to the exclusion of obedience is "established on a firm and "solid basis," you conclude your official labours by shewing in what manner faith alone justifies,† and by developing the nature and origin of a justifying faith. The tone and tendency of your remarks on these two points, are then in the last place to be briefly examined.

* The Confession of Augsburgh was, next to Scripture, the exemplar after which our Articles were framed.

† Charge, p. 22.

1. After a few preliminary observations relative to the fall and recovery of man,* in delineating the mode by which justification by faith only is effected, you again advert to the error of the Judaizing Christian, and again appear to be lost in admiration, that, with such an instance of folly before his eyes, any man should incur the fatal mistake of admitting the concurrence of works in the matter of justification. However surprising this may be in your eyes, yet to the generality of your readers it must be no less marvellous, that one speaking the language of official admonition should appear to have mistaken the subject of exclusion contemplated by the Apostle, when he framed his remonstrance against the Judaizers of Galatia, and should moreover lose sight of the obvious distinction between the remission of sin and the possession of reward. The question discussed and decided at Antioch was, whether circumcision, as a rite of the Levitical law, was necessary to admit the Jew to that Gospel privilege, by virtue of which he was released from a state of apostacy? The point now at issue is, whether, after a person has been admitted into the commonwealth of grace, the works of the moral law be conducive

* In Charge, p. 23, it is affirmed, that "as in Adam "all die, even so in Christ, all WHO BELIEVE IN HIM shall "be made alive." By what authority is the *limitation* introduced?

to his final justification? Now, it is from your blending together these two cases which are apparently so distinct, and moreover from your making no difference between redemption from the penalty of death and the adjudication to eternal life, that your reasoning as to the *mode* in which faith alone can be said to justify is so obviously defective. For as you contend, if justification is to be obtained by faith alone, obedience is excluded as a matter of course; or else we must unavoidably mistake the *act* for the *object* of faith, or run into the error of the Church of Rome, by holding the doctrine of an *infused*, instead of an *imputed*, righteousness. I apprehend, however, that they who disagree with you are by no means driven into the difficulties in which you would place them. In proof of which I would observe, that the purport of our Lord's first coming was to *save* the world, the business of his second coming will be to *judge* the world; to judge mankind, as he himself has declared, according to their *works*, so that every man may have a just recompense for the things *done in the body*. To say, then, that a man *has been* acquitted from the penalty of death, and that he *will not* attain the reward of eternal life, unless he endures stedfast unto the end; which is, in other words, to say that a man's first justification is to be obtained by faith only, and his final justification is dependent upon the con-

currence of his faith and works; may be, if you will, two features of the same system; but still the features are *distinct*. Nor does this distinction create any confusion between the *act* by which justification is to be embraced, and the *object* to which it is to be referred. Intent upon Christ's meritorious sacrifice as the *object* of our justification, the *act* by which we lay hold of the remission of sin, and the consequent right and title to life immortal, is *faith* only, because no other act is fit to lay hold of it. But the act which embraces the promise that our sins will be forgiven, does not exclude other acts upon which the fulfilment of the promise may ultimately rest; nor does it indeed imply that it is the *chief* act which is to render the promise effectual. Take faith as a bare act of the understanding, and then it is the *sole* instrument which lays hold of the promise given: take it as comprehending the conditions on which the promise is suspended, and then it becomes the joint act of the understanding and the will, which respectively and appropriately exert themselves towards the attainment of our ultimate recompense.—Neither, in contending for the concurrent necessity of faith and obedience, as the *condition* of our final acceptance, do we run into the fundamental error of the Church of Rome, by holding the doctrine of an *infused* instead of an *imputed* righteousness. For that

error (as combated at the Reformation) consisted in maintaining, that the sinner's justification was effected by the *self-sufficient* process of *congruous* and *condign* merit; an error which we utterly renounce. For both our present and future justification are alike to be ascribed to the grace of God. It is to this grace that our redemption from the bondage of sin, as well as our hope of future glory, is to be referred. For although our best endeavours are requisite as a qualification for that inheritance which has been bought for us with a price; yet that God should be pleased to accept these endeavours, is entirely owing to the divine mercy, to the exclusion of *all* human merit whatsoever. But the sequel of your argument is not undeserving of notice. If, as that argument runs, the *act* be not mistaken for the *object*, and if the meritorious sufficiency of the Church of Rome be rejected, in that case we are brought to the unavoidable conclusion, that by faith only, as the appropriate instrument of reception, we are made "just or righteous persons in "the sight of God;* not by a righteousness "*inherent* in us, but by a righteousness *imputed* to "us." And this appears to you to be the purport of the XIth Article; that is, as you proceed to observe, the Article means to declare, that we are "accounted righteous" by having not only our

* Charge, p. 26.

"sins remitted, and our obligation to punishment "cancelled;" but also, as "being judicially con-"sidered or dealt with as persons who have fulfilled "all the requisitions of the law." But, if the view which I have already taken of the Article be correct, the Article could not have meant to declare any such thing. For if such had been its meaning, then must it have been the intention of its compilers to intimate, that as soon as we are admitted into the Christian covenant, we are *judicially* dealt with as persons who have fulfilled all its conditions. I am aware that you will protest against my construction of the Article, because it does not harmonize with the signification which you invariably attach to justification. Let, therefore, your position be viewed in connection with your conception of the term, as always virtually including our adjudication to eternal life. This adjudication then, you argue, will take place by virtue of a righteousness *imputed* to us, to the absolute exclusion of any righteousness *inherent* in us. Here we join issue. The Redeemer's righteousness will no doubt be the vicarious substitute, for the sake of which our obligation to punishment will be cancelled; it will, moreover, be the meritorious cause on account of which our imperfect services will be accepted. But this righteousness will not be so *imputed* to us, as to place us in the situation of persons judi-

cially considered as having satisfied all the demands of the law, *unless*, by God's help, we have exerted our utmost to do what that law enjoins, and to avoid what it prohibits. But, in whatever proportion we endeavour (with divine assistance) to fulfil the moral law, in that same proportion do we make advances in moral righteousness, which itself must be the result of our inherent exertions; and according as these exertions are more or less intense here, so will our reward hereafter be more or less glorious, as we may obviously gather from the Parable of the Talents. But, if our future reward is to bear a strict relation to our present holiness; and if this holiness owes its formation and growth to our moral endeavours, aided by divine grace; then must we arrive at a conclusion very different from that to which you would bring us: which is, that we shall be hereafter accounted righteous both by an imputed and an inherent righteousness. For when we stand before our Judge, unless we are previously *qualified* by a righteousness inherent in us, we shall not be *entitled* to the righteousness which will be imputed to us. Whereas, if, with the assistance of those unseen recruits which are poured in from above, we behave like the good soldiers of Him under whose banner we are enlisted, in that case we march against a baffled adversary. For, if we struggle manfully, we shall triumph gloriously, and in the end shall

be judicially considered as conquerors under the mighty Captain of our Salvation.

In your Appendix,* you enter more fully into the discussion of this question, and affirm that "man's justification is founded upon a principle "of mutual imputation." And, to make good the points of the reciprocal transfer, you contend, that as the passive righteousness of Christ hath redeemed us from the curse of the law, so by his active obedience we shall be judicially considered as having satisfied all the demands of that law. But, the passage from St. Paul's Epistle to the Corinthians, by which you endeavour to sustain this antithesis, will not bear you out in the full extent to which you have stretched it. The passage in question runs thus: "He hath "made him to be sin for us who knew no sin; "that we might be made the righteousness of "God in him:"† the meaning of which is, he who was perfectly holy became, like one guilty, a sacrifice for our sins, that we might be accounted righteous before God for his sake. In other words, our acceptance is wholly owing to that covenant which our Redeemer purchased and sealed with his precious blood. To the same effect is the Apostle's‡ declaration in his Epistle to the Romans, wherein it is intimated, that "as "by one man's disobedience many were made

* Page 72. † 2 Cor. v. 21. ‡ Rom. v. 19.

"sinners, so by the obedience of one many shall "be made righteous;" the obvious construction of which is, that as by the sin of Adam death with all its woes was entailed upon his posterity, so by the righteousness of Christ the reward of righteousness will be conferred on those who, according to the rigour of the law, are not righteous in themselves. So that in neither of the extracts just quoted does the Apostle refer to the *active* obedience of Christ, but his obedience unto death upon the cross. And it is for the sake of this *passive* obedience, that God was pleased to enter into the second covenant, whereby man's *sincere* instead of his *perfect* services are accepted. Wherefore, the righteousness of Christ may be said to be *our* righteousness so far as the *foundation* of this covenant is concerned. When, however, we speak of the *terms* of this covenant, we require a righteousness of *our own*, for which the Redeemer's righteousness is no substitute. Christ's righteousness is the *cause* why the second covenant was originally framed; man's righteousness is the *condition* on which the provisions of that covenant are ultimately suspended. The motives, the arguments, and above all, the assistances of the Gospel severally conspire to form within us an *evangelical* righteousness, which will be accepted instead of a *legal* righteousness, for the sake of the Redeemer's *meritorious* righteousness. And this righteous-

ness may be said to be *imputed* to us (though the phrase is not scriptural), because without the covenant of grace which was founded thereupon, no man living would have been accounted righteous in the sight of God.

This appears to me to be the scriptural view of the matter; a view with which the doctrine laid down by our Reformers is not, I conceive, inconsistent. You adduce, indeed, the authority of Cranmer and Latimer for the purpose of shewing, that on the point under consideration their sentiments and yours precisely coincide. But if this coincidence be admitted, the Reformers just mentioned, together with the rest of their brethren of the Reformation, must be at variance with themselves. For if it is to be *inferred* (and *inference* is the only attempt you make), that they held the tenet of imputed righteousness according to your conception of it, what becomes of their official declarations which are contained in our public formularies? Why did they insert in our Liturgy that necessity of repentance which occurs in the Exhortation, Confession, and Absolution of our Daily Service; and also in the Exhortation and Confession of our Communion Service? Why, again, do they call upon us in our baptismal vow to give our pledge that we will keep God's holy will and commandments, if they are to be considered as viewing the question before us in the same light with

yourself? To persons who are to be "judicially "considered as having satisfied all the demands of "the law," and who, by the efficacy of the vicarious satisfaction which has been made on their behalf, are "excluded from the *possibility* as well "as the necessity of co-operating" with their Saviour towards the attainment of their salvation; —to such, any exhortation to conform to the injunctions of the Decalogue, and to repent after every transgression of it, appears to be superfluous. Equally inconsistent would it have been in Cranmer (in his unofficial writings) to exhort good children to "*labour with all diligence and study,* "that when Christ may come again to judge the "world he may find them holy and obedient, for "then he will reward them with eternal life;"* and in Latimer to declare, "that if we will leave "our sins and wickedness, and *study* to live unto "his (God's) will and commandments, no doubt "he will fulfil his promises which he hath made "unto us of everlasting life;"† if the writings of these Reformers are elsewhere to be interpreted as carrying with them the signification, that our *concurrent* endeavours after life everlasting are alike impossible and unnecessary. As to the testimony of Davenant, which you have brought forward in confirmation of your sentiments, it is just as valuable as would be the

* Catech. p. 131. † Serm. p. 247.

authority of Bellarmine in favour of the Church of Rome. Davenant, as his proceedings at the Synod of Dort will testify, was attached to the same theological system with yourself; and therefore reference to his writings may prove the coincidence of your opinions, but it will prove nothing more. And with respect to your citation from Hooker's Discourse of Justification, the point of it, if I am not deceived, turns against yourself. In the passage which you have quoted, Hooker is speaking of "a righteousness *without* us, which "we have by imputation,"* and a righteousness "*in* us, which consisteth of faith, hope, and "charity, and the other Christian virtues." The former he denominates the righteousness of justification, the latter he calls the righteousness of sanctification. The one, as the joint product of divine grace and human exertion, is *in* us; the other is that which knocks off the captive's fetters by virtue of the ransom which has been paid for his release, and is therefore *imputed* to us. But if Hooker had thought that the righteousness *imputed* to us is in the end so judicially to acquit us with respect to the demands of the law, as to exclude the possibility and necessity of our sincere endeavours to fulfil its injunctions, he might as well have been altogether silent about the righteousness *in* us, which consists in obedience to that law.

* Hooker's Works, Oxf. ed. v. iii. p. 453.

2. After having unfolded the *manner* in which faith may be said to justify, you proceed to describe the *nature* of a justifying faith, by tracing it to the source whence it originates. Now, there is no controverting the point upon which you insist; which is, that a justifying faith, like every other good and perfect gift, is the gift of God. That the gift, however, is so bestowed as to supersede the necessity of human exertion, is a position which cannot be conceded. That a person with your views should regard the matter in this light, can be no subject of surprise; for it is a part of the system to which you are attached. With the tenet of imputed righteousness (according to your sense of imputation) the doctrine of the *total* depravation of human nature is quite consistent. In the former part of your Charge,* you explicitly speak of man's "entire apostacy and alienation "from God," and positively declare "the dege- "neracy of man to be *total*." In that division of the subject at which we are now arrived, your tone is not so decided. Nevertheless, when your *unqualified* assertion that a justifying faith must be the gift of God, is joined with your previous declarations about the corruption of human nature, your notions about grace and free-will may be readily inferred. As *decisive* testimony of man's condition after the Fall, you cite a passage

* Page 2.

from St. John, and the Xth Article. Taking then that condition, by your own account of the matter, to be a condition of entire apostacy applicable to all *Christians*, (which, by the by, is not quite the instruction which might have been expected from one seated in his official chair, when every child is instructed by his catechism to consider himself as translated from a state of apostacy to a state of grace); in this entirely apostate condition every Christian must be considered as altogether divested of all moral exertion; and this doctrine is said *decidedly* to be the doctrine of Scripture and the Church of England. In opposition, however, to this decided tone, I must express my conviction, that both the one and the other are decidedly against you. "No "man can come to me except the Father draw "him,"* is the scriptural passage adduced to fortify your decision. But this declaration of our Saviour does not, if it be viewed in connection with its context, exclude human ability, by including divine agency. And so thought our reformer, Bishop Hooper, whose commentary upon the passage before us runs counter to such a conception of it as may be imputed to the general tone of your arguments. "Many understand these words "(says the Martyr) in a wrong sense, as if God "required no more in a reasonable man than in a

* John vi. 44.

" dead post, and mark not the words which follow: " 'Every man that heareth, and learneth of my " 'Father, cometh unto me!' God draweth with " his Word and the Holy Ghost, but man's duty " is to hear and learn; that is to say, to receive " the grace offered, consent to the promise, and " not to impugn the God that calleth." And as you appear to have taken only a partial view of the inspired writer's declaration; so you seem to have lost sight of the latter part of the Xth Article, to the mere *commencement* of which you have directed your readers. The first clause of the Article asserts, that unassisted man cannot prepare himself for the reception of a saving faith; whence it is inferred, in the second clause, that " we have no power to do good works pleasant " and acceptable to God, without the grace of " God by Christ preventing us." But, if we have not this power *without* the divine grace, it follows that we have the power *with* it; which is to admit that the power is the *joint* result of the divine grace and human exertion. The fact is, that, before the Reformation, the Church of Rome had exalted the powers of man too high, and therefore it was the business of our Reformers to bring them down to their proper standard. But, in avoiding one extreme, they were cautious not to fall into another. They adopted the middle course between the *entire sufficiency* and *total degradation*

of the human faculties, "neither so preaching "the grace of God, that we take away thereby "free-will, nor, on the other side, so extolling "free-will, that injury be done to the grace of "God."* Fearful, however, lest you should be supposed to have underrated the value of the intellectual faculty, you endeavour to modify and soften your foregoing remarks, by bestowing what you conceive to be a just tribute of praise to such "highly gifted men," as have by the artillery of reason become defenders of the faith. And after some incidental reference to the point where the province of reason ceases and that of faith begins, you conclude that if a proposition which cannot be comprehended by reason may be embraced by faith to saving purposes, the faith which enables us to do so must be the gift of God.† There is no question about the matter; the question is, whether the gift be irrespectively conferred, or bestowed with reference to man's ability to use it. A weapon given to a soldier to fight his country's battle pre-supposes the ability of his arm to wield it, or the gift would be useless. Just so the grace of God, which is given to man to enable him to make a stand against his spiritual adversaries, supposes man's ability to exert the grace given, otherwise the grace would be conferred in vain; unless

* Neces. Doctr. et Erud.

† Charge, p. 34.

indeed we at once determine man to be divested of the responsibility of a moral agent.

In your concluding observations, you strike me as being in the situation of a person who is startled at a spectre of his own raising. In the fearful anticipation that your sentiments may be supposed to carry along with them an Antinomian tendency, you close your official labours by shewing the indissoluble connection between a justifying faith and a consistent holiness of life; and by bringing your readers to the conclusion, "that, as there "must be a righteousness imputed to us, in order "to convey to us a title to the kingdom of heaven, "so also there must be a righteousness inherent in "us, by which alone we can be qualified for the "enjoyment of eternal felicity, and that where "the former is found, the latter will not be "wanting."* Here then the discrepancies of your system are manifestly apparent. For, after having laboured hard to destroy the association of works with faith in the office of justification, you at last plainly admit that "without holiness no "man shall see the Lord." So that after all we are arrived at the same conclusion by a different process. The course, indeed, by which you have steered, seems to be obstructed by so many embarrassing impediments, that the wonder is how you have made your way to the point of your

* Charge, p. 35.

ultimate destination. By your last concession it would appear, that we both concur in maintaining, that some antecedent *qualification* is requisite for the possession of eternal life. In the one case, however, this position forms a part of an harmonious and coherent system; in the other, it constitutes a portion of a creed which is at variance with itself. For if a man, as you assert, is in a state of entire apostacy and alienation from God; or if, as the consequence of his total degeneracy, he be supposed to be altogether incapable of any moral exertion; how is he to qualify himself for that glorified state which is reserved for the just made perfect? To expect a given qualification, where there is not an adequate ability to qualify, is to reduce a man to a state of Egyptian bondage, and to require of him to make bricks without furnishing him with straw. But even if the thing were *possible*, it would be quite *unnecessary*. For what need can there be of *inherent* righteousness to those who, as you contend, are to have another's *active* righteousness so *imputed* to them as to place them in the situation of being judicially dealt with as persons who have satisfied all the demands of the law? Why need a man be at the pains to qualify himself for his inheritance in heaven, if a vicarious qualification has already been provided in his behalf? These are difficulties for which I must leave you to find out

a satisfactory solution; difficulties into which you have been led by your misconception, and consequent misrepresentation, of the stupendous process by which man's *ultimate acceptance* has all along been effected by the œconomy of grace. Whereas, once admit that there is a *present* and *future* justification, and that the remission of sin and the award of eternal life are two distinct features of the Gospel system; once, moreover, allow that this system is a covenant, and that as a covenant it must be resolved into conditions which are to be fulfilled; and then the Christian dispensation, like every other dispensation which has preceded it, will manifest one uniform and consistent plan for the recovery of a fallen race. Correctly to develope this plan from the time when a dim and distant view of it was first unfolded to the Patriarchs; to trace it afterwards as it was typically represented by the law, and figuratively predicted by the Prophets,—that is, judiciously to arrange the component parts of holy writ, so that their respective purposes and their connection with the general design may be plain and intelligible,—is the province of Him, who undertakes "rightly "to divide the word of truth."* And again, a sound combination of these distinct portions, thus previously assorted, alike belongs to those whose office is to "compare things spiritual with

* See Bishop Van Mildert's Bamp. Lect. Serm. v. and vi.

"spiritual." But of this analytic and synthetic process, which are alike essentially requisite in the interpreter of Scripture, the Charge before me contains but little evidence. Nor do I recognise in its author that familiarity with the views of our Reformers, which might be expected from one who speaks so *decidedly* upon the subject of our Articles and Homilies. In common with those who adopt your tenets, instead of making your system conformable to Scripture and our public Formularies, you torture Scripture and our public Formularies into a subserviency to your system; and thus prepared for the battle, you brandish the weapons of your warfare against your brethren of the Establishment, by attempting to fasten on them an accusation, which, if duly substantiated, would render them obnoxious to that scriptural denunciation which applies to those who preach not the Gospel of Christ, and which neither in form nor substance carries with it the least semblance of novelty, having been continually refuted by those against whom it has been directed.

From your Charge I proceed to the Appendix which you have subjoined to it, and which admits of a twofold distribution; the first part being taken up by a discharge of angry language against Bishop Bull, the latter being devoted to the consideration of imputed righteousness. As I have already discussed the second question, it

only remains for me to examine the reasons which appear to have influenced you in pointing your "arrows, even bitter words," against one, who though dead still liveth, and will long continue to live in the estimation of an admiring posterity.

Your indictment against this eminent Prelate (exclusive of other minor objections) consists of three main counts, viz. that the principle which he has adopted in his *Harmonia Apostolica*, of interpreting St. Paul by St. James, is "evidently "absurd;"* "that he tampers with the strictness "of the divine law more than any Protestant "writer, of any eminence, you ever met with;"† and that he "completely symbolizes with the "Church of Rome, and is radically at issue with "the advocates of the Reformation;"‡—a heavy bill this, and if a true bill, one which fully authorises the language in which it has been framed; but if unfounded, leaves the assailant no easy task to justify the tone of asperity which he has assumed.

1. In reply to your first objection, which relates to Bishop Bull's principle of explaining St. Paul by St. James, and not St. James by St. Paul, I would observe that it is commonly admitted that one of the main reasons which induced St. James to write his Epistle, was to correct the prevailing errors and vices which originated from the mis-

* App. p. 44. † App. p. 56.

‡ App. p. 65.

interpretation of St. Paul's doctrine of justification by faith without the works of the Mosaic law. Assuming then this point, (and I assume it until it is disproved,) wherein consists the evident absurdity of interpreting a writer by his commentator? For if St. James's treatise is to be viewed as a supplement to St. Paul's, it is hard to conceive how the author of the *Harmonia Apostolica* has "insulted the understanding" of his readers, by considering the latter as explanatory of the former. But what are the grounds on which your opinion is founded, that the method adopted by Bishop Bull is so "manifestly absurd, and funda-"mentally erroneous?" Because St. Paul has discussed the subject of justification very copiously, and St. James has touched upon it only incidentally: and because in the Homily on Salvation "exclusive deference is paid to the authority of "St. Paul." As to your first reason, I do not see how it applies to the case before us; for, with reference to the object which he had in view, surely St. James in the course of one chapter may be supposed to have spoken as explicitly on the subject, as if he had devoted his whole Epistle to the consideration of the matter. To establish the point which he had taken in hand, there was no occasion for St. James to enter upon the broad discussion of the question which had already been disposed of by St. Paul in two of

his Epistles. In writing to the Romans and the Galatians, the main drift of the Apostle's argument is to shew that neither the Jew nor the Gentile could be admitted to the privileges of the Gospel dispensation by works enjoined by the law of Moses or the law of nature. But this doctrine (as every one knows, from the days of St. Augustine to the present time) was tortured into a signification that the Christian convert might be finally saved without the works of the moral law. By St. Paul the term *justification*, when applied to Christians, was used in a sense equivalent to our admission into the Christian covenant; by St. James the expression was intended to have reference to our ultimate acceptance. And this is evident from the different use which the two Apostles make of the instance of Abraham. In the sense of St. Paul, the Patriarch was justified by his *bare* faith in God's promise; in the sense of St. James, he was justified by that *trial* of his faith which preceded the interrupted sacrifice of his son. And the example was adduced by St. James for the purpose of counteracting the prevailing impression, that St. Paul had inculcated the notion that a mere *dead* faith would be sufficient to save the Christian proselyte at the last day. But if a term, which in St. Paul's contemplation meant one thing, was in the Apostle's days commonly taken for another thing; and if St. James undertook to set the thing thus

generally misapprehended in a right point of view; surely, so far as the specific question under consideration is concerned, St. James must be regarded in the quality of an expositor of St. Paul; and, therefore, Bishop Bull's principle of interpretation relative to the two Apostles remains unaffected by the charge of nonsense which you have brought forward against it.—Nor is the second reason by which you fortify your position more happily selected. In the Homily on Salvation the subject of justification is viewed in the same light as that in which it was contemplated by St. Paul, so far as the question was intended by the Apostle to relate to Christians: that is, in both cases justification is limited to the remission of sin which takes place in this life. If, therefore, the arguments in the Homily professedly take this turn, it can be no matter of surprise that the compilers of it should sustain those arguments by reference to the authority of St. Paul; nor can it afford room for wonder, that little or no allusion is made in the Homily* to the authority of St. James, in whose Epistle the question assumes a very different aspect. So that upon the whole your objection against the principle of interpretation adopted in the second Dissertation of the *Har-*

* Therein reference is made to St. James (p. 25), and therefore the deference paid to the authority of St. Paul is not *exclusive.*

monia Apostolica must be cast in a different mould, before it can successfully fasten an imputation of absurdity on its author, whose acknowledged acuteness might, perhaps, have been alone sufficient to have rescued him from the supposition of having originally maintained, and subsequently defended in his *Examen Censuræ*, a position, which carries with it "an insult to the understanding."

2. But in the second place, because Bishop Bull denies that a sinless obedience was implied in the Apostle's declaration, that "Cursed is every "one that continueth not in all things which are "written in the book of the law to do them,"* you charge him with tampering with the strictness of divine law in a more dangerous manner than any Protestant writer of any eminence you ever met with. To which it were easy to reply, that your interpretation of the passage just adverted to renders you quite as obnoxious to the imputation of tampering with the divine justice and mercy. For to suppose, since the Fall, that there has been any period when man was required to conform to a standard of sinless obedience, is to suppose that which in the nature of things is morally impossible; for such a supposition is directly repugnant to God's moral attributes. But not to insist upon presumptive reasoning, as a question of positive fact, at what time, since the lapse of Adam, was

* Gal. iii. 10.

a faultless perfection expected? I anticipate the period to which you will first recur, and at once turn to the Mosaic œconomy, under which, according to your views, we are to look for the sinless obedience, to which, as you conceive, the Apostle adverts in the passage above cited. Now the Law of Moses, as every one knows who is at all conversant with its frame and texture, must be viewed in a *literal* and a *spiritual* sense. Take it then according to its strict letter, I mean as a system of carnal ordinances, and as such a system, it did not require perfection from those who were subject to its restriction. For, with respect to transgressions not presumptuously committed, the Law provided a remission (extending to this life only) through the medium of a sin-offering prescribed;* and therefore, if provision was made for the expiation of error, exemption from error could not have been demanded. As to the Law, considered *spiritually*, or as typical of better things to come, the figure of the Gospel was hid under the veil of its ceremonies. For though the Law† outwardly respected temporal promises, yet was there a spring of spiritual promises, whose head was higher than Jordan, which ran down from the Patriarchs, and which by degrees opened for itself a

* Numb. xv. 22, 29.

† See Stillingfleet's Orig. Sac. v. 1. p. 254, Oxf. edit.

channel destined in the fulness of time to overspread the whole face of the earth. So far then as the Law was a shadow of the Gospel, the former could not require innocence free from frailty, if such innocence was not demanded by the latter. But under the Gospel a standard of *willing* not of *perfect* obedience is expected, with plenteous assistance to promote our endeavours, and with *conditional* pardon for every failure of our duty: under the law, therefore, the same measure of action was required; and *under* the law, though not *by* the law, provision of the same *kind*, thought vastly inferior in *degree*, was made for human infirmity. When, therefore, the Apostle declares that "as many as are of the "works of the law are under the curse;" his declaration is not to be so interpreted as to mean that a sinless obedience was demanded by the Christian dispensation; nor indeed by the Jewish dispensation, which, as to its main object, was a schoolmaster to lead the Jews unto the promised Messiah. He is contrasting those who seek righteousness *in* the law, with those who are of the faith; the former, he argues, subject themselves to the curse or severe spirit of the law, because they neither have nor can remain in all things enjoined *by* the law; whereas the latter, who embrace the Gospel, obtain the blessing of Abraham and the promise of the Spirit, whereby they fulfil the

righteousness of the law and escape its curse. These, I take it, are the sentiments of the Apostle; and these sentiments, in substance at least, will be found in Bishop Bull's viith chapter of his Second Dissertation. Those, who like yourself, stand opposed to the current of these arguments, and who are such advocates for the strictness of the Divine law, as to imagine that since the Fall, a faultless innocence has ever been demanded, must be content to grapple with the absurdity to which they are reduced by the Bishop, who thus closes the viith section of the same treatise; "Since man by the Fall lost these [perfect] "powers by the hand of God as a punishment, "that God after having deprived him of these "powers should expect of him the same [perfect] "obedience, is as contrary to his wisdom and "justice, as if a magistrate, having cut off a criminal's feet for a punishment, should next "order him to walk away, and because he did "not go, should punish him with death."*

* "Cum enim homo per lapsum vires, quas amisit, ... "per actum Dei pœnalem, easdem ab ipso subtrahentis, "amiserit, ut eandem obedientiam istis viribus amissis, etiam "nunc ab homine Deus exigat, ab ejus tam sapientiâ quam "justitiâ perinde alienum videtur, ac si quis magistratus, alicujus ob crimen aliquod pedibus excisis, ipsi primum man"daret ut aliquo iret, deinde quod non iret, capitali ipsum "supplicio afficeret." Bulli Harm. Apost. Diss. Poster. cap. vii. sec. vii.

3. But moreover Bishop Bull, in his exposition of the doctrine of justification, is accused of "exactly symbolizing with the Church of Rome, "and of being radically at issue with the advocates "of the Reformation." And to convict him of this charge, recourse is had to the Rhemish annotators, and to the artillery of logic. In what school you may have studied the dialectic art, I will not pretend to determine. Be however the armoury which has supplied you with your weapons where it may, still the weapons themselves are by no means calculated to work mischief. For example: the Bishop argues in a syllogistic form, that whosoever is acquitted by the law of Christ must fulfil that law; but nobody fulfils that law by faith alone without works; and therefore nobody can be acquitted by faith without works. Against this argument you retort a syllogism, in which a fallacy is readily detected. You contend that whosoever is acquitted by the law of Christ must fulfil that law; but as all men offend against that law, therefore no man can be acquitted by that law. To which I would observe, that if no man can be acquitted by the law of Christ, because all men offend against it, it is implied that no man can be acquitted by the law of Christ, because no man can fulfil it *perfectly;* which is a point into which the Bishop's major proposition cannot be supposed to resolve itself. If then the Bishop's major

premiss and yours, although *nominally* the same, be *substantially* different, it is no wonder that you are brought to different conclusions. If too the point assumed in your major premiss be disputable, (and who will concede that the law of Christ is a law which enjoins unsinning perfection?) your argument is good for nothing. By begging the question, any man may arrive at any conclusion; but the question being overturned, the conclusion which rests upon it lies buried in its ruins. So that your syllogistic battery is altogether harmless in its execution. Nor, indeed, do your copious references to the Rhemish annotators, nor your observations thereupon, at all substantiate your charge against the Bishop that his doctrines are in unison with the Church of Rome, and at variance with the Church of England; for that charge is little else than a repetition of a similar attack, against which he has so unanswerably defended himself in his *Examen Censuræ** and *Apologia pro Harmoniâ.*† In the viith section of the latter treatise, his appeal to the Articles and Homilies, and to the several Confessions of the foreign Reformed Churches, carries with it so masterly a vindication of himself, as to have been thought worthy of being called by a very learned foreigner,‡ the "triumph of the Church of Eng-

* Animadvers. xxiii. † Sect. v. vii.

‡ Dr. Grabe.

"land." Perhaps, however, the Bishop's celebrated Letter to Robert Nelson, esq; on the Errors and Superstitions of the Church of Rome, is in itself the best refutation of the charge which you have revived against him. In that Letter, the Papal system, as far as it is contra-distinguished from the Protestant Creed in the Trent Profession, is so completely overthrown, that when so triumphant a champion of the Church of England, as Bishop Bull, is accused of exactly symbolizing with the Church of Rome, the circumstance is rather calculated to provoke a smile than to excite indignation.

In conclusion I would remark, that to obtain a clear insight into the scope and design of any given controversy, it is adviseable to keep distinctly in view the particular circumstances which gave rise to it. To apply then this principle to the case before us. It is almost superfluous to observe that the *self-sufficient* system which had been adopted by the Church of Rome, turned the eye of enlightened reason to "the law and to the "testimony," and was the cause which brought about the Reformation of the xvith century. At that memorable æra, the lofty pretensions of human merit were set aside, and a fallen race were instructed to believe, that their imperfect endeavours could be rendered acceptable only through the meritorious efficacy of the Atonement. But in

times afterwards, the same hand which was zealously exerted in separating the tares from the wheat, was for sweeping down the wheat and the tares both together. When the system which upheld the *sufficiency* of works for the attainment of everlasting happiness had been exploded, the system which maintained the *necessity* of works as a stipulation on which eternal life was suspended, was called in question; and thus a covenanted title to salvation, which in itself implies conditions, was regarded as a title absolute and irrespective in its nature. In this state of things, Bishop Bull, under divine providence, was the mighty instrument which gave a check to the prevailing Antinomianism of his age, by his elaborate exposition of the doctrine of justification by faith according to the tenour of Scripture and the Church of England. In following the learned and acute author through his several treatises which relate to the fundamental article just adverted to, we should therefore never lose sight of the motives and reasons which originally induced him to commence his undertaking; or else perhaps, in his zeal to combat the popular errors of his day, he may ever and anon be suspected of insisting upon the injunctions of the Law, to the rejection of the mercies of the Gospel. That Bishop Bull, however, was well aware that all our doings are nothing worth, save and except only through the vicarious sacrifice of the Re-

deemer, is most unequivocally testified by the general tone of his "*Judicium Ecclesiæ Catholicæ,*" and by his dying words which breathed out an exclusive "trust in God, through the merits of Christ."* Am I then to understand that you have calmly and dispassionately gone through the two Dissertations which you have so petulantly handled, with an eye steadily fixed upon the peculiar complexion of the times in which the author of them lived, and upon the peculiar tenets with which he had to grapple? Your own confession leads me to suppose the case to be quite otherwise. For you explicitly declare,† that it is by "a *cursory* view of "*some parts* of Bishop Bull's first Dissertation," that you have "enabled the reader to appreciate "the correctness of his sentiments on justification." But if you took this kind of view of the first dissertation, I see no reason to suppose that you took a different view of the second. But is a mere cursory view of a very complex question sufficient to authorise you to pass judgment on it in that tone of confidence which you have assumed? If Bishop Bull's system does not harmonise with your creed, analyse it fairly, and if you can, demolish it completely. But surely something more than a cursory view of this system might have been taken, before it had been made the subject of your sweep-

* See Nelson's Life of Bishop Bull, p. 378, Oxf. ed.

† Appen. p. 58.

ing censure;—something more than a cursory view of his arguments was due to an individual, who, in return for his controversial labours, was by one of our Universities deemed worthy to receive the highest academical distinction it could confer, and who was subsequently advanced to the highest office in that Church, of which he was considered to have been the invincible bulwark; an individual who, in one word, will never cease to be enshrined in the memory of generations yet to come, until vigour of intellect, acuteness of reasoning, and depth of research shall fail to inspire admiration—until Christian humility, unaffected piety, and unbounded charity shall be no longer thought deserving to be had in everlasting remembrance.

I am, Reverend Sir,

Your obedient servant,

C. M. MOUNT.

Bath, May 3, 1827.

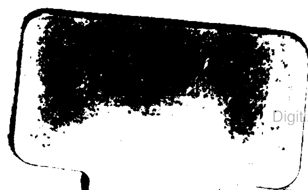
Published by the same Author, and sold by Rivingtons, London, and by Upham, Bath,

The APOSTOLIC LABOUR of a CHURCH of ENGLAND ASSOCIATION; a SERMON, preached in the Abbey Church, Bath, April 25, 1822, before the Bath District Society for Promoting Christian Knowledge.

The PARABLES of OUR BLESSED SAVIOUR practically explained, &c. 12mo.

The CHURCH of ENGLAND, and the CHURCH of ROME, briefly contrasted;—a Visitation Sermon, published by the particular desire of the Lord Bishop of Salisbury, and at the unanimous request of the Clergy.

PRINTED BY RICHARD CRUTTWELL,
ST. JAMES'S-STREET, BATH.









DOCTRINA
PANDECTARUM.

Scholarum in usum

SCRIPSIT

CHRISTIANUS FRIDERICUS MÜHLENBRUCH

JCTUS HALENSIS.



VOLUMEN I.

CONTINENS

HUJUS DOCTRINAE PARTEM GENERALEM.

EDITIO SECUNDA EMENDATIOR.

HALIS SAXONUM

APUD HEMMERDE ET SCHWETSCHKE.

MDCCCXXVII.

Potius ignorantia juris litigiosa est, quam scientia.

Cic.

VIRIS

ILLUSTRIBUS DOCTISSIMIS CONSULTISSIMIS

AUGUSTO FRIDERICO SCHMELZERO

JCTO HALENSI

JOANNI CHRISTIANO SALCHOVIO

JCTO HALENSI

FRIDERICO ADOLPHO SCHILLINGO

JCTO LIPSIENSI

AMICITIAE ET HONORIS CAUSA

HUNC LIBRUM

D. D. D.

AUCTOR.

PRAEFATIO.

Quod aliis saepenumero accidit, qui ante me de jure civili libros composuerunt, ut in doctorum hominum intelligentiumque incurrerent reprehensiones, quippe in nimia partis generalis, quam vocant, magnitudine offendentium: idem vereor, ne multo etiam magis mihi eventurum sit, qui hanc ipsam partem produxerim longius, quoad quidem sciam atque meminerim, quam eorum quisquam, qui me priores eo munere functi sunt, ut in scholarum usum de Pandectis scriberent. Quae res me admonet, ut consilii mei causam rationemque breviter hoc in loco exponam. Primum igitur volui, ut accuratiorem quandam uberioremque auditores ex ipso libro haurirent fontium cognitionem, quam ex Institutionum scholis secum afferre soleant. Quod ut efficerem, ad ea potissimum animum attendi: primum, ut ipsos juris Justinianei fontes, quantum possem, diligentissime describerem, deinde, ut vicissitudines literarias, quas illi quidem subierint, adumbrarem, tum, ut Romanorum de juris aequitatisque ratione principia summa explicarem, denique, ut juris nostri librorum et emendandorum et interpretandorum praecepta proponerem; in quem quidem postremum locum reliqui, tamquam in unum coacti, omnes fere conveniunt. Neque vero hoc eo valere debet, ut scholis de his rebus separatim instituendis careant juvenes; nam id tantum egi, ut satis a praesidiis necessariis instructi essent, qui Institutionum doctrina modo imbuti, ad haec nostra studia sese aliquo cum fructu conferre velint. Etenim cum

horum ſtudiorum tota fere ratio in legum juriumque collectione explicanda poſita ſit, ſatis illa quidem antiquâ, partim mutilâtâ foediſſimisque ſcripturae vitiis inquinatâ, quae poſteaquam oblivione paene obruta diu jacuiſſet, feliciori demum aetate velut inſtaurari coepta eſt novisque copiis inſtrui: certe nihil admodum proficiet quisquam in juris civilis ſcientia interiori, niſi ea, quae ſcitu maxime digna ſunt ex illis, quae diximus, cognorit eaque animo quaſi habeat notata. In rebus autem hisce tractandis preſſo illo atque adſtricto genere ſcribendi, quod quidem compendiariae rationi potiſſimum conveniat, minime uſus ſum, verum fuſius paullulum atque copioſius dixi, cum ut diſcentes habeant, quo ſe referant, unde ſtatim argumenta, difficilioribus locis explicandis apta, depromant, tum vero ut magiſtro ſit copia curſim transmittendo atque hic illicve quaedam adnotando officio ſuo defungi, eoque plus et temporis et curarum in earum rerum explicationem impendendi, quae propius accedant ad hujus disciplinae rationem. Alterum erat propoſitum, ut de judiciorum apud Romanos tractandorum via atque ratione paullo plura dicerem, quam a plerisque in Pandectarum ſcholis fieri cognoram, tum etiam demonſtrarem, quomodo ad illam quaeſtiones juris graviſſimas, eas quidem, quibus vitae humanae actio maxime contineretur, referre ſoliti ſint juris noſtri auctores. Nam cum omnino rei formulariae Romanorum cognitio ad perdiſcendum jus civile plurimum valeat, tum haud ſcio an nulla re alia magis ad ſolidius jurisprudentiae Romanae ſtudium mentes conformentur, quam illa, quae in judiciorum formulis verſetur; cui ipſe jam per annos plures aſſidue operam dare ſoleo, non ſine maximo meo fructu, ut mihi quidem videor. Tertium eſt illud, quo quidem redundare et velut affluere hic liber nonnullis videatur, quod ea parte continetur, in qua de negotiis inſtituendis quaeritur. At id ipſum, quod omnino de his rebus in parte hac praecurſoria dicere inſtituimus, nobis eſt commune cum reliquis, qui hanc do-

ctrinam sibi sumserunt tractandam; in eo tamen nostrum consilium a vulgari consuetudine aliquanto abhorruit, quod de iis, quae per alienorum negotiorum vicarios fiant, toto genere nobis visum est praecipere. Cui quidem inprimis solet occurri: juris nostri auctores in singulis locis tractandis, ubi primo occasio data esset, simul de iis disseruisse, quae ad plures juris materias promiscue atque communiter pertinerent. At quorsum istuc? scilicet adeo abhorret a nostris moribus atque institutis ea, qua veteres in docendo scribendoque usi sunt via et ratio, ut si hanc sibi per omnia ad imitandum aliquis proponeret, vix eam adsequi posset, aut si posset, tamen recte eum facere atque ratione, id in tanto temporum discrimine nullo modo concederem. Fateor equidem atque etiam prae me fero, in primis juris civilis elementis tradendis maximopere esse cavendum, ne in ipso principio dicendi ad ea statim delabamur, quae in praeceptorum generalium numero vulgo haberi solent. Eo enim, tantum abest ut rudis juvenum animus, nec aliqua saltem singularum partium cognitione tinctus, erudiatur atque alatur, ut nulla re certius perturbetur et obruatur. At vero, cum his, quae diximus elementa, satis imbuta sit mens, ut altioribus subtilioribusque ali cupiat, atque res sibi propositas omni ex parte velit pertentari: tum nihil est profecto, quod una et discentium studia magis adjuvet, et ad hanc ipsam, quam plerique consectantur, forensem utilitatem promovendam aptius sit, quam conjungere ea, quae tum communi quadam principiorum ratione nituntur, tum vero in omnes aut certe plurimos locos aeque valent, ut tamquam fontes aperiantur et capita, unde singularum causarum argumenta ducenda sint atque explicanda.

Haec inprimis scire lectorem volui; qui, ut non probet consilium meum, tamen causas cognoscat, quare in tantum hicce liber excreverit volumen, ut dimidiam eorum, quae sequentur, partem, quibus totum illud, quod restat, continebitur, magnitudine fere aequet. Neque

plura hanc in rem addo; cum in ipso libro satis copiose exposuerim rationes, quibus adductus sim, ut alia huc transferrem, quae a plerisque in singulis juris locis numerentur, alia vero omitterem, quae in parte generali fere soleant tractari. At praeterea sunt quaedam, quae silentio praeterire ideo nolui, ne quidquam eorum dissimulasse existimer, e quibus hujus libri aut virtutum, si quae sunt, aut vitiorum justa aestimatio facienda sit.

Igitur in ipsarum rerum aut conjungendarum aut disjungendarum ratione id vel maxime spectavi, cum ut singulae aptis atque accommodatis locis collocarentur, tum ad summa quaedam genera revocarentur, in quibus necessaria quadam ratione omnes positae essent. Quoniam autem mira est earum rerum, quae in hoc libro tractantur, varietas, eaeque inter ipsas natura fere dispares sunt, in eo quidem, ut artis speciem perficerem, quae omnibus numeris esset absoluta, frustra operam et laborem consumsisse ipse mihi videor. Malui tamen, aliquam saltem, quamvis licet imperfectam doctrinae speciem exhibendo, juvenum commodis, quantum possem, consulere, quam eorum sequi morem, qui quidem eos locos, quorum recte collocandorum paullo impeditior est ratio, deinceps et velut una continuatione enumerando, officii sui partes necessarias detrectasse potius quam implesse semper mihi visi sunt.

Plus autem et laboris et taedii in libris colligendis, quorum auctoritate argumenta proposita confirmarem atque illustrarem, mihi devorandum fuit. Et has quidem mihi imposueram leges, quas in laudandis scriptoribus sequerer. Primum, ut novissimos quosque, qui de argumento aliquo scripserint, afferrem, hoc pacto, ut etiam in mediocribus recipiendis minime essem fastidiosus. Deinde, ut ex antiquiorum scriptorum copia eos seligerem, in quibus aliquid deprehenderem, quod ad quaestiones propositas illustrandas apprime aptum atque accommodatum mihi videretur. Denique, ut nullum nominarem scriptorem, cujus inspiciendi occasio mihi deesset. Verum enimvero ita hac in re exspecta-

tione mea destitutus sum, ut haud sciam, an in nulla alia magis sim. Nam frustra saepenumero et opera et tempore libris comparandis impenso, eo perductus fui, ut nonnumquam aut locum aliquem omnino paterer vacare auctoritatibus, aut aliis laudatis, eos omitterem scriptores, qui et ingenio et doctrina multo essent praestantiores, aut plane non visos excitarem, quorum quidem nomina non ignorare auditores volui; quod tamen tribus tantum in locis a me factum esse memini *).

Fuit etiam alia res impedimento, quo minus hic liber expletus omnibus suis partibus atque aequabilis prodiret. Etenim jam ante hos ipsos quindecim menses singulas subinde plagulas typographo excudendas coepi mandare, quod tum sperabam me tam brevi absoluturum esse opus, ut lectionibus eodem tempore de Pandectis habendis adhiberi illae possent. Mox autem, ubi in ea incidi, quae fere reconditis atque abditis e fontibus haurienda sunt, horum studiorum quasi voluptate quadam perfusus paullo plenius ea persequendi consilium cepi. Quae quidem res, ut moram atque impedimentum operi perficiendo intulit, ita etiam me coegit, ut eodem, quo antea consueveram, modo, scholas meas instituerem. Neque vero eo volui, ut typographi opera in id tempus differretur, quo totum perfectum fuerit, ac potius a festinante librario velut calcaria mihi adhiberi et minutatim singulas plagulas extorqueri passus sum, ne forte taedio laboris affectus totam rem relinquerem. Igitur si quibus in vitiis lector offendatur, quae hanc ipsam ob causam scriptum irrepserint, ea ut liberaliter mihi condonet velim atque precor.

Scrib. in acad. Fridericiana ipso die I. Jan. MDCCCXXIII.

---

*) p. 178. not. *) *du Roi.* p. 197. not. 6. *Majansius.* p. 360. not. *) *de Jonquieres.*

PRAEFATIO

EDITIONIS SECUNDAE.

Quamvis exſpectatione mea citius et paene imparato mihi accidit, ut nova hujus libri editio paranda eſſet, tamen neque ullus a me relictus eſt locus, quem non diligentiſſime examinarem, et efficere ſtudui, ut, quae vitia operarum error maxime invexerat, ea accurate tollerem. Utinam majus mihi, tot tantisque impedito occupationibus, otium quandoque eventurum ſit; certe ita illo fruar, ut talem, quantum illud fieri poteſt, artis noſtrae exhibeam ſpeciem, qualem mente mihi ipſe pridem informavi.

Scrib. Halis die V Jul. MDCCCXXVI.

CORRIGENDA.

Pag. 126 lin. 28. del. *a*).
— 550 — 25 et 26 pro: *arbitrarariurn* leg. *arbitrariarum*.

ARGUMENTUM.

Prooemium (p. 1 — 67.)

De juſtitia et jure (§. 1.)

Fontium juris civilis, quod in Germania obtinet, deſcriptio generalis. (§. 2.)

I. De juris Romani fontibus. A. Univerſe. (§. 3.) B. Singulatim. a) De legibus. (§. 4.) b) De magiſtratuum edictis. (§. 5. §. 6.) c) De prudentum auctoritate. (§. 7. §. 8.)

II. De barbarorum legum Romanarum collectionibus (§. 9.)

III. De jure Juſtinianeo. A. Jurium collectiones. (§. 10. §. 11.) B. Novellae conſtitutiones. (§. 12.) C. De juris Juſtinianei interpretationibus atque verſionibus maxime Graecis. (§. 13.)

IV. Juris Juſtinianei in Italia uſus ab ejus origine ad reſtauratam a gloſſatoribus jurisprudentiam. (§. 14.)

V. Uſus atque propagatio juris Romani inde ab inſtaurato ejus in Italia ſtudio. (§. 15.) A. Schola Irneriana ſeu gloſſatorum aetas. (§. 16.) De iis, quae gloſſatorum opera, juri Juſtinianeo impenſa, effecta ſunt. (§. 17. §. 18.) B. Scholaſticorum, quos vocant, aetas. (§. 19.) C. Jurisprudentiae cum litterarum ſtudio conjunctio. (§. 20.) D. Pragmaticorum et methodiſtarum, quos vocant, aetas. (§. 21.)

VI. Notitia litteraria juris civilis generalis. (§. 22.) A. Editionum aliquot praeſtantiorum index. (§. 23.) B. Juris Juſtinianei interpretes. (§. 24.) Syſtemata. (§. 25.) Collectiones quibus diverſorum auctorum ſcripta miſcella continentur. (§. 26.)

VII. Diſciplinae pandectarum notio (§. 27.) et ordinis ratio. (§. 28.)

Pars generalis.

Liber primus.

De juris fontibus ſeu de jure objectivo. (p. 71 — 145.)

Caput primum.

De jure univerſim ejusque origine. (p. 71 — 99.)

I. Legis notio. (§. 29.)

II. Juris objectivi divisio.

A. Ex summa ejus cognoscendi ratione petita. (§. 50.) Juris civilis Romanorum indoles. (§. 51.)

B. Ex jurium constituendorum forma et ratione petita. (§. 52.)

1. Juris scripti genera summa. (§. 53.) Species juris scripti ut proprie dicitur. (§. 54.) Speciatim de rescriptis. (§. 55.) Constitutiones speciales, quatenus pro jure ac legibus habendae sint? (§. 56.)

2. Species juris non scripti.

A. Jus consuetudine seu moribus constitutum. (§. 37.) Ratio juris consuetudinarii. (§. 38.) Vis atque auctoritas juris consuetudinarii. (§. 39.) Observantia (§. 40.)

B. Rerum judicatarum ac jurisprudentiae auctoritas. (§. 41.)

C. Jus quod ex communis juris ratione argumentando efficitur (§. 42.)

D. Aequitas. (§. 43.)

E. Jus naturale. (§. 44.)

Caput secundum.

De legum natura atque auctoritate. (p. 99 — 109.)

Quibusnam praeceptis legis nomen auctoritasque conveniat (§. 45.)

Legum virtus universim spectata. (§. 46.)

Quas personas legibus obtemperare oporteat. (§. 47.)

De finibus quibus legum civilium auctoritas continetur. (§. 48.)

Commune, singulare jus. (§. 49.)

Ex quo tempore leges valeant, quaque potestate (§. 50.)

De causis quae legibus fuere priores. (§. 51.)

Jus quomodo tollatur aut corrigatur. (§. 52.)

Caput tertium.

Juris et interpretandi et in causis utendi praecepta. (p. 110 — 155.)

Notionum inter se comparatio. (§. 53.)

I. De juris interpretatione.

Ejus summae divisiones atque totius loci constitutio. (§. 54.)

A. Quibus ex rebus omnino interpretibus petenda sint praesidia. (§. 55.)

B. Singulatim. 1. De iis quae proxime spectant ad artem criticam.

a. Propria hujus artis subsidia. (§. 56.) b. Tralatitia quaedam de arte critica praecepta. (§. 57.)

2. Legum interpretandarum ars ratioque.

a) Artis divisio. (§. 58.)

b) Orationis obscuritas. (§. 59.) De grammatica interpretatione summatim praecipitur. (§. 60.)

c) Comparatio verborum et sententiae, hujusque ipsius notio. (§. 61.)

d) Quomodo argumentum legale constituendum sit atque explicandum

α) Generatim quaeritur. (§. 62.)

β) Singulatim de legum aut ambigue aut indefinite scriptarum interpretatione. (§. 63.)

e) De his quae legis rationi conveniunt. Analogia. (§. 64.)

f) De interpretatione legum restrictiva. (§. 65.)

g) De argumento legali e jure Justinianeo, maxime e pandectis et codice eruendo. (§. 66.)

h) De legum antiquiorum in novis rerum argumentis usu. (§. 67.)

II. Praecepta quaedam de legum in caussis rebusque tractandis usu. (§. 68.)

Caput quartum.

De ratione, quae inter plures leges vel concurrentes vel secum dissidentes intercedit. (p. 135 — 143.)

I. Peregrini juris atque domestici comparatio (§. 69.)

II. Legum ejusdem conditionis contentio. (§. 70).

III. De temporis ratione recte aestimanda, ejusque maxime in jure Justinianeo usu. (§. 71.)

IV. De legum, quae in diversis territoriis obtinent, conflictu. (§. 72. §. 73.)

Liber secundus.

De jure subjectivo. (p. 144 — 365.)

Caput primum.

De jure subjectivo praecipuisque ejus speciebus generatim exponitur (p. 144 — 157.)

I. Juris subjectivi notio indolesque. (§. 74.)

II. Juris factique comparatio. (§. 75.)

III. Juris subjectivi singulae species.

1) Jus praesens et futurum. (§. 76.)

2) Jus personarum, rerum, obligationum et actionum (§. 77.)

3) Jus in rem et in personam. (§. 78.)

4) Jura singularia, privilegia. a) Eorum summa genera. (§. 79.) b) Privilegiorum et causa et finis. (§. 80.) c) Privilegiorum vis. (§. 81.)

Caput secundum.

De juris materia. (p. 157—225.)

Loci constitutio. (§. 82.)

Sectio prima.

De rebus (p. 157—177.)

Rei notio. (§. 83.)

Rerum divisiones:

A. Res in commercio et extra commercium constitutae. (§. 84.)

Rerum commercio exemtarum praecipuae species:

1) Res divini juris;

a) Res sacrae. (§. 85.)

b) Res religiosae. (§. 86.)

c) Res sanctae. (§. 87.)

2) Res humani juris eaeque commercio exemtae;

a) Res communes. (§. 88.)

b) Res publicae et universitatis. (§. 89.)

B. Res nullius et alicujus. (§. 90.)

C. Res corporales et incorporales. — Genus, res fungibiles, pecunia. (§. 91.) Rerum corporalium divisio in mobiles et immobiles. (§. 92. §. 93.)

D. Res simplices et compositae. Rerum universitates. (§. 94.)

E. Res dividuae et individuae. (§. 95.)

F. Res principales earumque accessiones. (§. 96.)

Sectio secunda.

De factis. (p. 178—226.)

Facti notio. (§. 97.)

Tempus. a) Temporis partes. (§. 98.) b) Temporis computatio. (§. 99.)

Locus. — Praesentia, absentia. (§. 100.)

Factorum, quae proprie dicuntur, descriptio generalis. Delictum, poena. (§. 101.)

I. Quibus ex rebus omnino judicanda sit facti qualitas legitima (§. 102.)

A. De animi intentione:

1) Quibus ex causis naturalis facultas intelligendi impediatur. (§. 103.)

2) De libero agentis judicio ejusque impedimentis. Loci constitutio. (§. 104.)

a. Vis et metus. (§. 105.)

b. Dolus. (§. 106.)

c. Error et ignorantia. (§. 107.) Quid intersit inter juris et facti ignorantiam. (§. 108.)

3) Animi intentio seria. (§. 109.)

B. Voluntatis significatio. (§. 110.) De iis, quae aliorum vel auctoritate vel assensu fiunt. (§. 111.) Ratihabitio. (§. 112.)

II. Singulatim de negotiis juris.

A. Eorum et notio et praecipua genera. (§. 113.)

B. Quibus a rebus vis omnis negotiorum pendeat. (§. 114.)

C. Negotiorum substantia, natura, accidentia et adminicula. (§. 115.)

1) Conditio.

a) Notio et species. (§. 116.) b) Quomodo adjiciantur conditiones. (§. 117.) c) Quaenam sit negotiorum adjectorum vis? (§. 118.) d) Conditionis implendae ratio. (§. 119.)

2) Dies. (§. 120.)

3) Modus. (§. 121.)

4) Clausulae. (§. 122.)

D. Negotia nulla, rescissa. (§. 123.)

E. De negotiorum interpretandorum ratione. (§. 124.)

Caput tertium.

De jurium et exercendorum et acquirendorum et amittendorum et conservandorum ratione. (p. 227 — 250.)

I. Juris exercitium.

A. Principia quaedam generaliora. (§. 126.)

B. De jurium per alios exercendorum ratione.

1. Generatim differitur. (§. 127.)

2. Singulatim. a) De eorum, quae per administratores gesta sunt, vi, et de horum ipsorum officio. (§. 128.) b) De administratorum ad rationes reddendas obligatione. (§. 129.)

II. De juribus acquirendis.
A. Adquisitionum genera summa. (§. 130.)
B. Jurium acquirendorum et ratio et vis.
1) Generatim exponitur. (§. 131.)
2) Quomodo per alias personas jura nobis acquirantur. (§. 132.)
III. De juribus amittendis.
A. Amissiones causae universe. (§. 133.)
B. Renuntiationum praecepta communia. (§. 134.)
C. Jurium ad alios translatio. (§. 135).
D. Quaenam sit jurium exstinctionis vis. (§. 136.)
De temporis praescriptione, tamquam communi jurium et acquirendorum et amittendorum causa. a) Notio et species. (§. 137.) b) Praescriptionis et acquisitivae et exstinctivae praecepta communia. (§. 138.) c) De immemoriali praescriptione. (§. 139.)
IV. De juribus conservandis.
Loci constitutio. (§. 140.)
A. Protestatio atque reservatio. (§. 141.)
B. Cautiones. Eorum et finis et variae species. (§. 142.) Cautionum usus atque vis. (§. 143.)
C. Inventarii confectio. (§. 144.)

Caput quartum.

De juris sui persequendi defendendique ratione. (p. 250—306.)
I. Privati arbitrii in juribus persequendis prohibitio. (§. 145.)
Exceptiones proponuntur.
A. Directae. (§. 146.)
B. Obliquae. 1. Jus retentionis. (§. 147.) 2. Jurisjurandi religio. Notio et species. (§. 148.) De jurisjurandi conditionibus necessariis. (§. 149.) Jurisjurandi vis. (§. 150.)
II. De praesidiis juris sui persequendi causa cuique comparatis. (§. 151.)
A. Varia actionum genera. (§. 152. §. 153.)
B. De actionibus concurrentibus. (§. 154.)
C. Exceptionum genera praecipua. (§. 155.)
D. De poena temere litigantium et de plus petitione. (§. 156.)
E. De iis, quae in litis exordio fiunt.
1) Universe et
2) Singulatim. a) De interrogationibus in jure. (§. 157.) b) De litis contestatione. (§. 158.)
F. De probationibus. a) Loci constitutio. (§. 159.) b) De probationum causis, de iis quae non egeant probatione. (§. 160.) c) Quibus omnino incumbat probandi onus. (§. 161.) d) Subsidia atque adminicula probationum. (§. 162.)

G. De sententia et re judicata. (§. 163.) De condemnatione in id, quod facere potest debitor. (§. 164.)

H. Singularum quarundam causarum in foro tractandarum ratio.

I. Interdicta. (§. 165.)

II. Missiones in bona. (§. 166. §. 167.)

III. In integrum restitutionis.

A. Notio et totius loci constitutio. (§. 168.)

B. In integrum restitutionis praecepta generalia.

1) Ejus conditiones necessariae. (§. 169.)

2) De remediis restitutionis petendae causa comparatis, tum, quibus et contra quos competant. (§. 170.)

3) Apud quem peti debeat in integrum restitutio et quomodo fiat. (§. 171.)

4) In integrum restitutionis vis atque effectus. (§. 172.)

C. Praetoriarum restitutionum causae generaliores.

1) Restitutio ob vim et metum. (§. 173.)

2) Restitutio ob dolum. (§. 174.)

3) Restitutio ex causa erroris, absentiae, et ex clausula generali. (§. 175.)

Caput quintum.

De rerum juriumque commodis et incommodis. (p. 507—552.) Loci constitutio. (§. 176.)

I. De causa sive de commodis rerum.

A. Accessiones quae pertinentiae vocantur. (§. 177.)

B. Fructus. §. 178. (§. 179.)

C. Singulatim de usuris. a) Usurarum notio earumque aut constituendarum aut tollendarum causae. (§. 180.) b) De modo usurarum. (§. 181.)

D. De subsidiis ad causam rei consequendam comparatis. (§. 182.)

II. De incommodis.

A. Onera atque impensae. (§. 183.)

B. De damnis eorumque resarciendorum ratione.

1. Generatim differitur. Damni notio et species. (§. 184.) Loci hujus constitutio. (§. 185.)

2. Singulatim.

a) De damnis fatalibus. (§. 186.)

b) De damno injuria dato. (§. 187.)

α) De damnis dolo importatis. (§. 188.)

β) De culpa. (§. 189—191.)

γ) Mora. (§. 192—194.)

III. De ratione atque modo damnorum restituendorum.
a) Generatim exponitur. (§. 195.)
b) Singulatim.
α) Quid ejus quod interest nomine praestandum sit. (§. 196.)
β) Qua ratione damni dati fiat aestimatio. (§. 197.)
γ) Justiniani hac in re innovationes. (§. 198.)

Caput sextum.

De juribus vel concurrentibus vel secum confligentibus. (p. 555—565.)
Notionum inter se comparatio et totius loci constitutio. (§. 199.)
I. De jurium inter plures communione. (§. 200.)
II. Jurium ad plures homines spectantium conflictus. (§. 201.)
III. De creditorum in debitoris obaerati bonis concursu.
A. Quibus modis debitoris bona perveniant ad creditores. (§. 202.)
B. Quaenam sit abdicationis bonorum aut possessionis vis et potestas. (§. 203.)
C. Quomodo, ne omnino fiat bonorum venditio, occurratur. (§. 204.)
D. Collocandorum creditorum ordo ratioque. (§. 205.)
E. De his, quae in fraudem creditorem fiunt. (§. 206.)
F. De separationibus bonorum. (§. 207.)

PRO-

PROOEMIUM.

§. 1.

De Justitia et Jure.

Ratio summa, insita in hominum animis, quae recta imperat contrariaque prohibet, simulac societatem inter se coierunt homines, expergiscitur, adolescit, perficitur. Haec est lex antiquissima et quasi naturae, ad cujus normam, quaecunque aguntur dirigi convenit; eaque lege nititur justitia, quae est aequitas jus unicuique tribuens [1]). Quoniam vero nihil est, quod latius pateat, hominum inter homines societate: lex illa haud erit idonea, ex qua sola hauriantur juris praecepta ad vitam civilem recte instituendam necessaria; quorum ea plerumque est natura, ut non omnium communia esse possint, sed ad cujusque populi ingenium potius accommodanda sint, atque pro temporum vicissitudinibus, proque utilitatum praesentium rationibus mutanda [2]). Describenda ergo sua cuique populo jura, quibus, cuicuimodi fuerint illa, ea semper inerit vis atque potestas, ut omnis inde justi injustique distinctio repetatur [3]). Jam vero, cum conjunctissima sit actionum, quae ad justitiam referantur ratio cum principiis illis, e quibus justi praecepta hauriuntur, sua sponte apparet, quare non uno modo juris vocabulum accipiatur [4]). Atque *proprie* quidem jus dicitur, *primum*, omne id, ex quo, quid aequum sit, cognoscitur [5]), *deinde* quod justitiae

regulis consentaneum est [6]) nec non ipsa faciendi atque omittendi conditio, quae ex jure nascitur [7]). Subjectivum hunc, objectivum illum vocant vocabuli sensum. Sunt autem praeterea quaedam juris significationes a verbi proprietate aliquanto recedentes, in disciplina idcirco receptae [8]), quod vel ad certos fontes relatum est juris nomen [9]), vel ad formam rationemque jurium exercendorum translatum [10]).

1) Auct. ad. *Herenn.* III, 2. *Cic.* de invent. II, 53. Id. de finib. V. 23. — Hinc est, quod *Ulpianus*, juris nomen interpretaturus, jus a justitia esse appellatum dicat. L. 1. pr. §. 1. D. *de J. et J.* I, 1.; quandoquidem ad eam, tamquam ad fontem, justi injustique praecepta referenda sunt omnia. cf. *J. Aeg. Menagii* amoenitates jur. civ. c. 39. v. *jus.* — *Ulr. Huberi* eunomia Romana ad h. l. — *G. Noodt.* ad Dig. I, 1. init.

2) *A. Gellii* noct. atticar. Lib. 20. c. 1.

3) Auct. ad *Herenn.* II. 13. „Lege jus est id, quod populi jussu sancitum est; quod genus: *ut in jus eas, cum voceris.*" — *Ulpian.* L. 9. D. *de legib.* I, 3. „Non ambigitur, senatum jus facere posse." *Paul.* L. 11. D. *de J. et J.* „Praetor quoque jus reddere dicitur, etiam, cum inique decernit." cf. L. 9. *eodem* L. 2. §. 9. *de O. J.* I, 2. L. 17. §. 1. D. *de inofficioso testam.* V, 2. L. 50. §. 1. D. *de legat.* I. XXX.

4) *Welcker*, die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe. (Giessen 1813.) p. 5. *A. F. J. Thibaut's* Versuche über einzelne Theile d. Theorie des Rechts, I. Abh. V.

5) Vulgo dicunt *jus pro lege sumtum.* Cujus quidem notionis tres spectandae sunt formae, altera simpliciter ad leges ceu jurium fontes referenda (Auct. ad *Herenn.* II, 13. Inst. rubr. *de jure nat. gent. et civ.* Dig. *de orig. jur.*); altera, ad legum certi generis complexum pertinens; tertia ad juris disciplinam concinnandam seu justi regulas in artis formam redigendas spectans. (cf. *Ernesti* Cl. Cic. v. jus civile, divinum, naturale, gentium, humanum, pontificium, praediatorium, praetorium, privatum, publicum, Quiritium. *Brisson.* de V. S. v. jus. §§. 2. — 3. 5 — 7. — *Ulpian.* L. 1. pr. D. *de. J. et J.* „Jus est ars aequi et boni." *Noodt* ad Dig. I, 1. §. *altera rubricae pars.* — *A. Schultingii* enarrat. part. primae Dig. I. §. 9. 10. — *Ge. Chr. Gebaueri* D. de justitia et jure (in exercitt. academic. Vol. I. — Erf. 1776. — Diss. V.) §. XI.

6) Quod genus: si injuriae opponitur jus. L. 1. D. *de injuriis.* XLVII, 10.

7) „Jus interdum pro qualibet facultate usurpatur, veluti in definitione actionis, ususfructus, itineris, actus, viae, (cognationis, agnationis,) et generaliter, quidquid ad aliquem spectat, pertinet, quidquid licet, conceditur, permittitur, juris appellatione censetur." *Brisson.* l. l. v. *jus.* §§. 8 — 10. Atque huc etiam loquendi formula referenda: jus Quiritium pro civitate Romana, (*Gaji* institutiones, I. §§. 32 seqq. III. §§. 72. 73. *Ulpiani* Fragm. III. *Brisson* v. *jus*, §. 6. in f.).

8) Quas quidem minus recte improprias appellaveris. Neque enim „quidquid non erit proprium, protinus et improprii vitio laborabit.“ *Quinctil.* inſtit. orat. VIII, 2.

9) Ita fit, cum, quod eſt juris civilis atque vel maxime antiqui, id adhibitis verbis *ipſo jure* ſeparatur a jure novo, praeſertim praetorio, (*Briſſon.* l. c. §. 4.) idemque ſaepiſſime denotat jus, oppoſito contrario nomine facti, veluti apud *Gajum* (inſt. IV. §§. 45 ſeq.), ubi in jus conceptae formulae his opponuntur, quae in factum conceptae ſunt. cf. L. 27. §. 2. D. *de pactis.* II, 14. L. 7. §. 1. D. de *jure codicillor.* XXIX, 7. Atque ſimili quidem ratione jus nonnumquam opponitur conſtitutionibus, veluti in L. 5. C. *quorum appellat. non recipiuntur*, VII, 65. cf. *Cujacii* obſ. VII, 19.

10) L. 9. D. *de ceſſione bonor.* XLII, 3. „Bonis cedi non tantum in jure, ſed etiam extra jus poteſt.“ L. 4. §. 1. D. de *interrogat. in jure faciend*, XI, 1. „Quod ait Praetor: qui in jure interrogatus reſponderit, ſic accipiendum eſt, apud magiſtratus populi Romani, vel praeſides provinciarum, vel alios judices: jus enim eum ſolum locum eſſe, ubi juris dicendi vel judicandi gratia conſiſtat.“ L. 11. D. *de J. et J.* cf. *Briſſon.* l. l. §. 13. „Aliquando tota disceptatio forenſis jus vocatur.“ *Briſſon* l. l. §. 14.

§. 2.

Fontium juris civilis, quod in Germania obtinet, deſcriptio generalis.

Eſt vero duplex juris, quod in Germania obtinet, fontium genus, unum peregrinorum, alterum domeſticorum. Atque peregrinorum quidem duo praecipua ſunt illa: Jus Romanum et Jus Canonicum. Jus Romanum, quod quidem nos intelligimus, in illa jurium legumque collectione continetur, quam partim adornari curavit Juſtinianus imperator ſaeculo ſexto poſt Chr. natum, partim novis legibus ipſe adauxit, quam corpus juris Romani, ſ. civilis nunc appellamus [1]). Juris Canonici, quod eſt maximam partem pontificium, habet autem multum admixtum ex jure Romano, collectio in corpore juris Canonici continetur [2]), cujus ſingulae partes, ſimiliter ac jus Romanum uſu atque conſuetudine in foris noſtris obtinuere auctoritatem. Jus vero Feudorum Longobardicum [3]), licet aequali gaudeat cum ſuperioribus illis in foro auctoritate, uſum tamen niſi in perpaucis vitae civilis partibus conſtituendis, iisque remotiſſimis ab eo, de quo hic quaeritur

jure, nullum habet. Quem vero leges Mosaicae [4]) usum, quamque apud nos habeant auctoritatem, non una est doctorum hominum sententia [5]). Legum autem domesticarum duplex est genus, alterum ad quod leges imperii Romano-Germanici referuntur [6]), alterum, jura particularia complectens, quibus etiam accensenda statutaria jura. Atque ex his quaedam legum peregrinarum auctoritatem omnem aboleverunt. Quemadmodum autem ejus quo utimur juris magna pars ex peregrini juris indole emanavit, ita abrogatione ista fieri non potuit, ut illius usus in his terris penitus tolleretur, qui adhuc conspicuus est, cum in eo jure quod obtinet explicando ex ejus fontibus, tum in exacuendis Jurisconsultorum ingeniis suppeditandisque ejusmodi praeceptis, quae communi quadam cum patrio jure principiorum ratione nituntur. Quapropter duplex cernitur peregrini juris in Germania utilitas atque auctoritas, una legalis, altera (forensibus usibus haud minus inserviens) doctrinalis et adjutoria. Quoniam autem ejus doctrinae, in qua explicanda hic liber versabitur, fons atque caput vel maxime in jure Romano positum est, jam de hujus juris indole paullo accuratius erit dicendum.

1) cf. infra §. 21.

2) Ex magna hujusce collectionis editionum copia sunt hae insignes: 1) corpus juris canonici a *Pet. Pithoeo et Francisco Fratre* ad veteres codices manuscriptos restitutum et notis illustratum II Vol. fol. (Paris 1687. Lips. 1695 et 1705. fol. 2) C. J. C. rec. et not. illustr. *J. H. Boehmerus* Vol. II. Hal. 1747. 4.

3) In *H. C. F. Senckenberg* corp. jur. feudal. germ. p. 492 seqq. (ex edit. *J. F. Eisenhart*. Hal. 1772. 8.)

4) *J. D. Michaelis* mosaisches Recht. (Frf. a. M. 1770 — 1775. 6 Th. 8.)

5) *J. A. Hellfeld* D. de legis mosaicae valore hodierno (in ejus opusc. Jen. 1789. 4. Nr. I.)

6) 1) Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede sammt den wichtigsten Reichsschlüssen, IV Vol. Frf. a. M. 1747. f. 2) Handbuch d. deutschen Reichsgesetze in System. Ordnung, herausgegeben v. *C. Fr. Gerstlacher*. XI Theile, Carlsr. 1786 — 1795. 8.

§. 3.

De juris Romani fontibus universe. *)

Initio civitatis populus Romanus sine lege certa, moribus ac consuetudine plurimum agere instituit [1]). In qua rerum juriumque conditione diu perseveravit, legibus non multum facientibus ad jus civile constituendum mutandumve, donec ineunte saeculo p. u. c. quarto *leges XII tabularum* (totius juris Romani caput atque fons [2])) a decemviris legibus scribendis compositae atque in centuriatis comitiis perlatae sunt [3]). Quae et ipsae subinde quidem correctae, auctae, mitigatae sunt, sensim tamen atque moderate ab iis declinando, ne temere abrogarentur, quae a majoribus sapienter essent instituta. Atque tum legibus iisque juris praeceptis, quae legis vicem obtinebant, veteris hujus juris innovationes fiebant, tum praesertim moribus, quibus ad certam rationis normam dirigendis legumque in commune latarum auctoritati aequiparandis, nullum sane tutius aptiusque adhiberi potuit velut instrumentum ac praesidium quoddam, quam illud duplex, quorum altero, quod magistratum edictis continebatur, id maxime effectum est, ut magis magisque (quoad omnino fieri potuit) jus Romanum ad communia omnium populorum juris praecepta accederet; alterum, in prudentum auctoritate positum, ad juris antiqui rationem conservandam magis spectabat, tum etiam negotiis juris ad certas formulas regulasque revocandis inserviebat. Itaque tribus potissimum elementis jus Romanum constat: *legibus*, *magistratuum edictis*, *prudentum* sive *JCtorum interpretationibus*, de quibus nunc singulis dicemus **).

*) Vid. *Chr. Godofr. Hoffmanni* histor. jur. Rom. Just. Vol. I. Lips. 1718. et rec. 1734. Vol. II. ib. 1726. 4. *Jo. Gottl. Heineccii* historia jur. civil. Rom. et Germ. observatt. aucta *Jo. Dan. Ritteri* et *J. Mart. Silberradii.* (ed. nov. Argent. 1765. 8.) Lib. I. *Jo. Aug. Bachii* historia jurisprudentiae Romanae ed. nov. observatt. auxit *Aug. Corn. Stockmann.* Lips. 1807. 8. (Quacum conj. *C. G. Hauboldi* hist. jur. Rom. tabul. synopt. illustr. Lips. 1790. 4.) *G. Hugo* Lehrbuch der Geschichte d. Röm. Rechts bis auf Just. ed. IX. Berlin 1824. 8. — *Th. Max. Zachariä* Vers. einer Geschichte d. Röm. Rechts. Leipz. 1814. 8. — *A. Schweppe* R. R. Gesch. u. Rechtsalterth. ed. II. Goett. 1826.

1) *Pompon.* L. 2. §. 1. D. *de O.* J. I, 2. — *H. E. Dirkſen* Ueberſicht d. bisher. Verſ. z. Krit. u. Herſtell. d. Text. d. Ueberbleibſel v. d. Geſetzen d. röm. Kön. (in ejusd. Verſ. z. Krit. u. Ausl. d. Quellen d. R. R. Leipz. 1823. nr. VI. p. 234 ſqq.)

2) Unde uſu etiam venit apud Romanos, ut ſaepenumero legis nomine, nullo adjecto alio ſigno intelligatur XII tabular. lex, atque ſimiliter legitimum dicatur id, quod ex LL. XII tab. deſcenderit. Vid. v. c. *Ulp.* Fr. XI, 3. Pr. I. *de legit. adgn. tut.* I, 15. Inſt. *de legitima patronor.* et *de legit. parentum tut.* I, 17, 18.

3) *Liv.* III, 34. 37. L. 2. §. 4. D. *de O. J.* (cf. *Cic.* de Or. I, 44.) — *H. E. Dirkſen* Ueberſicht d. bisher. Verſ. zur Krit. u. Herſtellung d. Text. d. Zwölf-Tafel-Fragmente. Leipz. 1824.

**) E ſcriptoribus qui plura fontium juris Romani capita vel collegerunt vel illuſtrarunt h. l. ſunt nominandi: *A. Auguſtinus* de legib. et SCtis liber, adjunctis legum antiquarum et SCtorum fragmentis, c. not. *Fulv. Urſini.* Romae 1583. 4. et in *Graevii* Theſauro Antiquit. Roman. T. II. p. 1139 ſqq. — *Barn. Briſſonius* de formulis et ſollennibus populi romani verb. Libri VIII. ed nov. ex rec. *Fr. C. Conradi* et c. not. *J. Aug. Bachii.* Lipſ. 1754. fol. — *Jac. Gothofredi* fontes quatuor juris civilis in unum collecti, puta legis XII tabular. fragmenta, legis Juliae et Papiae iiidem fragmenta edicti perpetui. ut et Sabinianorum librorum ordo ſeriesque; (ſaepius, et in *Ev. Ottonis* theſ. jur. Rom. III. p. 3 ſeqq.). *Ant. Schultingii* Jurisprudentia vetus ante-Juſtin. Continens: quae ſuperſunt ex Caji inſtitutionum Libris IV; Julii Pauli ſententiarum receptarum libr. V, nec non fragm. ex ejus Inſtitutionum Lib. II; Titulos ex corpore Ulpiani XXIX; Codicis Gregoriani et codicis Hermogeniani fragmenta; Moſaicarum et Romanarum legum collationem; Modeſtini fragmentum; Fragment. regularum ex veteri JCto; Fragmentum Papiniani; Conſultationem veteris cujusdam jurisconſulti et Papiani reſponſorum librum; Doſithei Magiſtri Libr. III. continent: Divi Adriani Imp. ſententias et epiſtolas. Edit. nova coll. cum codd. antiquiſſimo Wurceburgenſi et Gothano, praefat. eſt *Ge. H. Ayrer.* Lipſ. 1737. 4. — *Chr. G. Hoffmanni* hiſt. jur. Rom. Juſtin. Vol. II. cujus parte priori continentur fragmenta legum regiar.; collectio LL. Graecar.; fragmenta XII tabular.; edictum perpetuum. — Jus civile antejuſtinianeum codicum et optimarum editionum ope a ſocietate jurisconſultorum curatum. Praefatus eſt *G. Hugo* Tom. I. Ulpianum, Paulum, Cajum, Papinianum, Modeſtinum, Auctorem regularum, codices Gregorianum et Hermogenianum, Theodoſiani vero libros decem priores continens. Tom. II. Codicis Theodoſiani libros ſex poſteriores, Novellas, conſtitutiones imperatorum Juſtiniano anteriorum, Moſaicarum et Romanarum legum collationem, conſultationem veteris cujusdam jurisconſulti, legem Romanam Burgundionum, fragmenta jurisconſultorum ac conſtitutiones imperatorum e finium regundorum auctoribus collecta, denique indicem titulorum duplicem continens. Berol. 1815. (Locupletiſſimum omnium corp. jur. civil. fontium indicem *Julii Pauli* ſententiis receptis (Berol. 1795. 8.) adjecit *G. Hugo.*)

§. 4.

Leges.

Atque legum quidem condendarum forma antiquissima fuit in comitiis populi [1]), deinceps etiam plebis [2]). Cui jam libera republica accesserunt Senatusconsulta [3]), fons juris sub prioribus quidem imperatoribus [4]) uberrimus [5]). Post illa secutae sunt constitutiones imperatorum, qui (ex legis regiae, ut fertur, auctoritate) [6]) vel edictis [7]) proponebant, si quid sibi in commune esse utile videretur, vel de singulis causis decretis [8]) rescriptisve [9]) constituebant, vel mandatis [10]) praecipiebant, quomodo in provinciam missis res esset agenda. Neque vero imperii initio et aliquanto post jura constitui desierunt legibus Senatusve consultis, donec solum imperatorem jus facere posse obtinuit [11]).

1) Populiscita; *Leges.* L. L. curiatae, centuriatae.

2) Plebiscita. — Veterum legum indicem exhibuerunt *Fr. Hotomanus* (in *J. G. Clausingii* jus publicum Romanor. III. Nr. V.), *Purdulphus Pratejus* (veteres pop. Rom. leges, quae post. XII tabulas latae sunt ordine alphabet. digestae, Venet. 1572 et cum adjectionibus *Ev. Ottonis* in huj. thes. jur. civ. T. V. p. 480 seqq.) et *Jo. Aug. Ernesti* (index legum quarum in libris Ciceronis nominatim mentio fit, in ejusdem clave Ciceroniana, p. 1 — 44. ed. IVtae.) — Earum exempla vel collegerunt vel restituere conati sunt: *A. Augustinus* de legibus Liber. cap. XVIII. (in *Graev.* thes. antiquitt. Rom. p. 1175 — 1528.) *Barn. Brissonius* (Lib. II. de formulis solennibus pop. Rom. c. 21 — 41.), aliique, quos nominat *Haubold* in T. I. inst. jur. Rom. litter. (Lips. 1809. 8.) §. 85 — 90. §. 110 — 115. nec non in institut. jur. priv. Rom. histor. dogmaticar. lineamentis (Lips. 1826. ed. 2.) p. 125 sq.

3) *Cic.* Top. c. 5. Tab. Heracleensis, Lin. 72. (*Hugo's* civilist. Mag. III. p. 466.) *Pomponius* L. 2. §. 9. *de origine juris.* („Quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum: necessitas ipsa curam reipublicae ad Senatum deduxit. Ita coepit Senatus se interponere, et quidquid constituisset, observabatur: idque jus appellabatur Senatusconsultum.") *Theophili* paraphr. Inst. I, 2. §. 5. (*Gaji* inst. I. 4. „Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit, idque legis vicem obtinet; quamvis fuit quaesitum.")

4) *Orationes principum* appellari solita sunt, quae ad imperatorum orationes, libellos, epistolas Senatus decreverat. *C. O. a Boekelen* D. de orat. principum (in opusc. de sectis et philos. JCtorum veter. p. 109 sqq.).

5) De Senatusconſultorum reliquiis v. *A. Auguſtini* liber de SCtis, ap. *Graevium* l. l. p. 1528 — 1578. — *Barn. Briſſonii* Lib. II. de formulis c. 81 — 86. c. 88. — 166. et c. 170. (orationes principum in Senatu habitae recitataeve); *Hauboldi* inſt. jur. Rom. litt. §. 91 — 94. §. 116 — 117.

6) *Gaji* inſtitution. I. 5. „Conſtitutio principis eſt, quod imperator decreto, vel edicto, vel epiſtola conſtituit; nec unquam dubitatum eſt, quin id legis vicem obtineat, *cum ipſe imperator per legem imperium accipiat*." *Ulpian*. L. 1. pr. et §. 1. D. *de conſtitut. principum* I, 4. „Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio ejus lata eſt, populus ei et in eum omne ſuum imperium et poteſtatem conferat." (v. *Ger. Noodt* D. de jure ſummi imperii et lege regia; in opp. T. I. p. 548. 549. cf. conſt. *Deo auctore* §. 7.) „Quod igitur imperator per epiſtolam et ſubſcriptionem ſtatuit, vel cognoſcens decrevit, vel de plano interlocutus eſt, vel edicto praecepit, legem eſſe conſtat: haec ſunt, quas vulgo conſtitutiones appellamus." cf. §. 6. J. de J. N. G. et C. I, 2. — Quae quidem imperatorum majeſtas atque auctoritas non impediebat JCtos, quo minus ab eorum decretis recederent; v. c. L. 1. §. 14. D. *ad leg. Falcid.* XXXV, 2. Quid? quod nonnumquam imperatores edicta ſua a Senatu confirmari voluerunt, quaſi non aliter rata eſſent atque firma, *Heineccius* in hiſtor. edict. L. II. c. III. §. I. v. *Löhr* Ueberſicht d. Conſtitt. Progr. 2. p. 7. not. 5.

7) *B. Briſſonii* Lib. III. de formul. c. 8. *J. G. Heineccii* hiſtor. edictor. Lib. 1. c. 9.

8) *Theophili* Paraphr. ad §. 6. J. *de J. N. G. et C. Briſſon*. Lib. V. de formul. c. 15. *C. F. Zepernickii* Diatr. de judicatis centumviralibus §. 19 ſeqq. (opusculorum *Siccamae* de jud. centumv. Libr II. — Hal. 1776 — adjector. VII.)

9) *Briſſon*. Lib. III. de formul. c. 22. *A. Schultingii* D. pro reſcriptis imperatorum Romanor. (in comment. acad. Hal. 1770. Vol. I. Nr. III.)

10) *Briſſon*. Lib. III. de formul. c. 84.

11) L. 12. §. 1. C. *de legib*. I, 14. „Si enim in praeſenti leges condere ſoli imperatori conceſſum eſt, et leges interpretari ſolo dignum imperio eſſe oportet." De conſtitutionum imperatoriarum, tum collectionibus comprehenſarum tum ſingularum, quae vel integrae vel mutilae ad nos pervenere, vel ex aliis fontibus ſunt reſtitutae, editoribus interpretibusque v. *Hauboldi* inſt. jur. Rom. litt. P. I. §. 95 — 98. §. 118. *Ejusdem* inſt. jur. Rom. priv. hiſt. dogm. lin. §. 210. 211. §. 260 — 264. Sunt tamen hoc quoque loco commemorandi: 1) Conſtitutionum libri a Gregorio ſive Gregoriano tum ab Hermogene ſ. Hermogeniano privato ſtudio collecti (vid. tam. interpret. ad L. 1. C. Th. de reſponſ. prud.) maximam partem reſcripta imperatorum Conſtantino M. anteriorum continentes (*J. Gothofredi* Prolog. ad. C. Theod. c. I. Nr. I. *A. Schultingii* Jurisprudentia vet. ante-Juſtin. p. 683.). Cujus utriusque Codicis, *Gregoriani* et *Hermogeniani*, reliquiae exſtant apud *Schultingium* in Jurisprud. vet. ante-Juſtinianea p. 683-718. et (omiſſis tamen iis, quae in Breviario Alariciano non inveniuntur) in juris civilis antejuſtiniani edit. Berolinenſi T. I. p. 265 — 274.

s) *Codex Theodosianus*, sive collectio constitutionum quam comparari jussit publicaque sanctione p. Chr. nat. 438 munivit Theodosius II., imperatorum *legitimorum* (v. *Ritteri* nota ad *Heineccii* hist. jur. civ. Lib. I. §. 378.) leges maximam partem edictales, inde a Constantini M. temporibus complectens (v. constit. Theodos. II. de Theodosiani Cod. auctoritate, §. 5.) atque in sedecim libros ex varia rerum materiaeque indole disposita, deinde a Valentiniano III. quem sibi imperii socium assumserat Theodosius, in terris quoque occidentalis imperii recepta atque confirmata (arg. Nov. Valent. de confirmat. legum Novellarum D. Theodosii, quae est sexagesima nona editionis Berol.) Cujus codicis, qui quidem maxima ex parte ad nos pervenit integer, indolem et fata exposuerunt: *J. Gothofredus* in Prolegomenis ad C. Theod. et *J. S. Brunquellus* in D. de codice Theodosiano (opusculor. Hal. 1774. editor. Diss. II.). Ex editionibus vel maxime notandae sunt hae: *a*) Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis *Jacobi Gothofredi* Opus posthumum, opera et studio *Antonii Marvillii*, T. I — VI. fol. Lugd. 1665. Ed. nova, collata cum codicibus MSS. Wurceburgensi atque Gothano et liberis editis, iterum recognita, emendata variorumque observationibus aucta, quibus adjecit suas *Jo. Dan. Ritter*, T. I — VI. (P. I. II.) Lips. 1736 — 1745. f. — *b*) (ex. recens. *Beckii* JCti Lips.) in juris civilis antejustinianei edit. Berolinensi. p. 275 — 1215. Adjectae sunt Novellae constitutiones impp. Justiniano anteriorum Theodos. II. Valent. III. Marcini, Severi, Leonis et Authemii ibid. p. 1217 — 1599. — *W. F. Clossius* Theodosiani codicis genuina fragmenta, ex membran. bibl. Ambrosianae Med. nunc primum ed. Tub. 1824. 8. — *A. Peyron* Th. C. fragm. inedita, ex Cod. palimpsesto bibl. R. Taurin. Athen. 4. — *C. F. C. Wenck* Cod. Theod. Libri V prior. Lips. 1825. (Constitutionum maxime ad jurisprudentiam privatam spectantium imperatorum Justiniano anteriorum inde a Constantino M. indicem exhibuit *de Löhr*: Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der römischen Kaiser a) von Constantin. I. bis auf Theodos II.; b) von Valent. III. bis auf Justinian (Wetzl. 1811. 1812.).)

§. 5.

Magistratuum edicta.

Magistratuum edicta sunt praecepta ab iis, qui honoribus fungebantur, de rebus ad eorum officium pertinentibus in commune proposita, quibus aut edocerent cives, ut scirent, quo quisque modo provinciam sibi demandatam esset administraturus, seque praemunirent [1]), aut eos admonerent, legibus magistratuumque imperiis ut parerent [2]), (quo etiam pertinent promulgationes legum, SCtorum atque constitutionum principalium a magistratibus cum admonitione ad subditos

factae [3])), aut singulis, quorum forte causa apud eos agebatur, quid illis esset faciendum omittendumve, publice edicerent [4]). Atque ex priore quidem genere edictorum sunt ea, de quibus hic quaeritur. Licet autem edicendi facultas apud omnes magistratus fuerit, certe ex honoratorum genere; amplissimum tamen jus erat in edictis duorum Praetorum, urbani et peregrini: quorum in provinciis jurisdictionem praesides earum habebant [5]). Qui, quae essent observaturi in jure dicundo, edictis suis, vel initio magistratus perpetuae jurisdictionis causa, vel ex tempore propositis, nuntiantes, tum leges scriptas ita interpretari ausi sunt, ut ea sensisse earum auctores dicerent atque tamquam exceptiones legibus adscriberent, quae cum naturae praeceptis veraeque regulis justitiae maxime convenirent; tum vero novas ipsi excogitarunt jurium formas, quibus jus antiquum, arctissimis velut cancellis inclusum, supplerent, adjuvarent, corrigerent [6]). Atque in utroque edicendi genere ita egerunt Praetores, ut non solum numquam adversus legum Senatusveconsultorum praecepta prohibitionesque edicerent [7]), verum etiam, ubi ab antiqui juris indole recedere pro morum temporumque ratione eos oportebat, id non subitanea rerum conversione, sed ita facerent, ut summa qua poterant cura, juris pristini principiis parcerent, ipsiusque vestigiis adhaerescerent, ac religiose ejusmodi quae juris civilis essent propriae, servarent jurium formas et adeo confirmarent [8]). Praeterea cum neque clanculum irrepsissent haec Praetorum placita [10]), neque adversantibus iis, penes quos erat legum dandarum auctoritas [11]), denique, quae nova instituerat aliquis Praetor, ea, nisi a populo comprobata vel certe haud improbata essent, posteriores Praetores ne auderent quidem in edictum suum transferre: fieri non potuit, quin facile adsuesceret populus [12]) *juri* huic *honorario* [13]), quod tamquam viva vox juris civilis deinceps observari coepit [14]).

1) *Pompon.* L. 2. §. 10. D. *de O.* J. *Theophili* Paraphr. ad §. 7. J. de J. N. G. et C.

2) At de aliis quoque rebus cives admoniti sunt edictis, maxime imperatorum; unde edicta objurgatoria, consolatoria, aliaque hujusmodi dicuntur, quorum exempla occurrunt apud *Brissonium* de formul. Libr. III. c. 5. 6. 20. add. L. 4. §. 3. D. *de offic. proconsul.* I, 16. Cujus quidem generis edicta, quemadmodum differant a monitoriis, tum etiam brevibus quorum fit in Digestorum libris mentio, docte disputavit *C. G. Haubold* de edictis monitoriis ac brevibus. Lips. 1804. 4.

3) *Brisson.* de formul. Lib. III. c. 69. 70.

4) Cum hisce edictis, quae ex usu rei natae, sive prout res incidit proposita sunt, veluti quibus adesse jubebantur copiam sui non facientes, quorum e numero erant peremtoria edicta (v. *Brissonii* opus de verb. signif. v. edictum §. 16, 17.) cum his, inquam, non commiscenda videntur edicta repentina, quae, temporum ratione postulante, a magistratu vel medio, quo munus gerebat, anno, ita tamen ut in commune valerent, proposita sunt, velut illud Verrinum: ne quis frumentum de area tolleret; *Cic.* in Verr. III, 14. cf. *Plinii* hist. nat. XXXVII, 4.

5) *Gaji* institution. I. §. 6. — Quod Praetores, tum urbani tum peregrini (de his. v. Lex. Galliae Cisalp. lin. 24. 25. in *Hugonis* civil. Mag. II. §. 442. cf. *Theophil.* ad. §. 7. J. *de J. N.* I, 2. G. *et C.* *J. H. Mylius* in exc. III. ad *Theophil.* ex edit. Reitz. I. 9 sq.) condere solebant edictum, id *urbici*, *provincialis* vero nomine illud veniebat, quod a Proconsulibus Propraetoribusve profectum erat. Vid. inscr. LL. 55. 56. 57. D. *de regulis juris.* L, 17.

6) L. 7. §. 1. D. *de J. et J.*

7) L. 7. §. 7. D. *de pactis.* II, 14. L. 1. §. 8. D. *de postul.* III. 1. L. 1. in f. D. *ex quibus caus. majores i. i. r.* IV. 6. L. 12. §. 4. D. *de Publ. in r. act.* VI. 2. L. 12. §. 1. D. *de B. P.* XXXVII, 1.

8) Velut civilis juris formas fictionum ope ad causas novas accommodando: *Gaji* institt. IV, 34 — 38. et III. *Ulpiani* Fr. XXVIII, 12. L. 2. D. *de poss. hered. pet.*

9) *Gaji* institt. III, 32. (§. 2. J. *de B. P.*) IV, 45 — 47.

10) Etenim in tabula, in albo, unde de plano recte legi posset, erant proponenda *Cujac.* VII. obs. 29.

11) Lata est lex quaedam, fortasse anno 686 ab u. c.: ut Praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent. v. *Bach.* hist. jur. Rom. Lib. II. c. II. S. 3. §. 5. ibique *Stockmann.* cf. locum *Ciceronis* offic. III, 20. in eundemque *Heineccii* historia edictor. Lib. I. c. IV. §. 9.

12) *Cic.* de inventione II, 22. „Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit. In ea autem jura sunt quaedam ipsa jam certa propter vestutatem; quo in genere et alia sunt multa, et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt."

13) §. 7. J. *de J. N. G. et C.* L. 7. in f. D. *de J. et J.*

14) L. 8. D. *de J. et J.* — *E. Schrader* die prätorischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen; ein Hauptmittel unser Recht allmählig gut und volksmäfsig zu bilden. (Weimar 1815, et in ejus civilist. Abh. II. comm. 1.) §. 7.

§. 6.

Hoc vero jus ex tenuibus profectum initiis variisque singulorum Praetorum accessionibus ingenti incremento auctum tralatitiumque factum, non potuit non esse inconditum, atque post temporis aliquod spatium ab usu forensi multis partibus abhorrere. Ac primus quidem *A. Ofilius* edictum composuisse dicitur [15]), cujus tamen studiis, qualiacunque fuerint, longe praestitit labor a Salvio Juliano JCto a. p. Chr. n. 131 in edictum impensus, qui Hadriani imp. auspiciis edicta tam urbica quam provincialia [16]), rejectis tamen mutatisque iis, quae usu atque vetustate jam exolevissent, ordinasse dicitur [17]), hisque ex Aedilitio Edicto ea capita subjunxisse, quae ad juris privati rationem proxime accederent [18]). Atque id quidem *edictum perpetuum*, cum praesertim peculiari esset SCto confirmatum [19]), omnibus omnino magistratibus, quorum esset judicandi officium, tamquam generalem atque perpetuam jurium reddendorum formam fuisse propositum, veri perquam est simillimum [20]). Quemadmodum autem nec reliquorum juris fontium auctoritas exinde exolevit, ita neque in posterum edicere desierunt magistratus [21]), ut tamen istius saeculi ratio credere haud patiatur, praetoribus aliisve magistratibus adhuc licuisse corrigendi juris causa proponere edicta [22]). Quapropter vix est, quod dubitemus, quin JCti Romani Juliano posteriores, edictum perpetuum vel allegantes, vel commentariis illustrantes, tum etiam imperatores rescriptis decretisve suis edicti auctoritatem confirmantes, ad idem illud respexerint, quod a Salvio Juliano concinnatum est edictum, in cujus quidem cum ordine tum ipso argumento restituendo maximopere elaborarunt recentiorum temporum JCti. [23]).

15) L. 2. §. 44. D. *de O. J.*

16) Id quod credere fas est, cum ex argumentis, quae hanc in rem protulit *Heineccius* l. l. p. 295. Not. h, tum ex eo, quod imperatores rescriptis suis provinciales, praesidesque provinciarum, eadem ac reliquos subditos formula ad Edictum

perpetuum remittere consuerunt; v. c. L. 5. Cod. *de his quae vi metusve causa.* II, 20.

17) c. *tanta* de confirm. Dig. §. 18. L. 10. C. *de cond. indeb.* IV, 5. — *Eutrop.* breviar. hist. rom. VIII, 9. cf. etiam *Brissonius* de V. S. v. edictum §. 11. *Heineccius* l. l. Lib. II. cap. IV. §. 4.

18) c. *omnem reipublicae* (ad antecessores) §. 4. *Theophil.* ad §. 7. J. *de J. N. G. et C.* in f. — Hinc est fortasse quod a *Paulo* adscribatur Praetori edictum aliquod Aedilium, rec. sent. I, 15. §. 2. cf. *Janus a Costa* ad verba *praetorias autem* §. 2. J. *de divis. stipul.* in f. III, 19. — *C. v. Bynckershoek* obs. IV, 8.

19) c. *tanta* §. 18.

20) Cui rei vel id debet esse testimonio, quod juris Romani conditores, de eo jure, quod edictis continetur, exponentes, constanter solent Praetorem praetoriumque nominare edictum. Facit huc quoque L. 2. C. *de bon. auct. jud. possid.* VII, 72. „Est *jurisdictionis tenor* promptissimus, indemnitatisque remedium *edicto Praetoris* creditoribus hereditariis demonstratum, ut, quoties separationem bonorum postulant, causa cognita impetrent."

21) L. 2. C. *de offic. Praef. Praet. orient. et Illyr.* I, 26. L. 16. C. *de judiciis* III, 1. Nov. 165 — 67. (de libris *'Επαρχικῶν* v. *Cujacii* observ. Lib. VI. obs. 10.) *Haubold* de ed. monit. p. 71.

22) Licueritne omnino Praetoribus post conditum a Salvio Juliano edictum, qui ipse quidem Praetor *novam* adjecerat *clausulam* (L. 5. D. *de manumiss. vindicta*, XL, 2. L. 5. D. de *conj. cum emancip. liber.* XXXVII, 8.) *novi* aliquid statuere edictis, id certe erui non potest ex iis locis, qui sunt de edictis proponendis apud auctores Juliano posteriores, veluti ex L. 7 — 9. D. *de jurisdictione* II, 1. Qui illud affirmant, his obstare videntur etiam rescriptorum exempla, quibus edocemur, quae olim a Praetoribus causa demum cognita tribui atque decerni petentibus solita sint, velut utiles actiones, exceptiones, in integrum restitutiones aliaque hujusmodi, quorum nulla jam esset in edicto tralatitio certa formula proposita, ea haud ita multo post conditum edictum Juliani ab imperatoribus peti darique consuevisse, qui ad magistratus, tamquam decretorum imperialium executores ablegarent petentes. *Brisson.* de formul. Lib. III, 24.

23) Post *Guil. Ranchinum*, *Hub. Giphanium*, *Jacob. Gothofredum*, *Ger. Noodtium*, *Jo. Ortv. Westenbergium*, *Abr. Wielingium* aliosque, rem aggressus est, neque tamen, mortalitate interceptus, perfecit, *J. Gottl. Heineccius*, cujus felicissimos conatus edidit filius *J. C. G. Heineccius* sub titulo: *J. G. Heineccii* opuscula posthuma in quibus historia edictorum edictique perpetui ipsiusque edicti perpetui ordini et integritati suae restituti partes II aliaque continentur, Hal. 1744. 4. Vid. *J. L. Hambergeri* observatt. ad *Gravinae* origin. jur. civ. §. IX. (in opuscul. Jen. 1740. edit. p. 421 seq.) et inprimis *C. G. Hauboldi* Diatr. Ueber die Versuche das prätorische Edict herzustellen. (in *Hugo's* civilist. Mag. II. 14.) *Ejusdem* inst. jur. Rom. litterariae T. 1. §. 119. 120. *C. G. L. de Weyhe* libri tres edicti rel. Cell. Luneb. 1821. 4.

§. 7.

Prudentum auctoritas.

Quod ubique terrarum ſolet uſu venire, ut eorum, qui juris artem tenent, plurimum valeat auctoritas ad conſtituendum, mutandum emendandumque jus civile, id pluribus de cauſis vel maxime videmus Romae eſſe factum. Etenim ab initio jurisſcientia omnis judiciorumque poteſtas fuit penes patricios viros, quorum in jure conſtituendo auctoritas eo facilius proceſſit, quod legum ſcriptarum atque vel maxime legum XII tabularum anguſtiae, prudentum auctoritatem valde deſiderabant. Qua quidem in re ita ſunt verſati JCti veteres, primum, ut quot illis cauſae in legibus ſcriptis contineri viderentur, eas expromerent ipſisque legibus ſubnecterent, deinde negotiis civilibus, quae ad juris priſtini rationem iniri ſolerent, certas formulas adſignarent [1]), inter quas praecipuum quemdam locum obtinebant eae, quibus inter ſe homines dimicarent, quae *legis actiones* appellatae ſunt [2]), denique ſi quid vel anguſtiarum haberet jus vetus ſcriptum, vel incommodorum ejusmodi, quae interpretatione ſola tolli non poſſe viderentur, tum vel caute a ſe inventis formulis [3]) vel fictionum commentorumque ope [4]) conarentur, iſta e medio tollere, quae aut a prudentiae praeceptis aut a temporum ratione eſſent aliena. Neque vero poſteaquam Praetorum edictis augeri coeperat jus civile atque corrigi, JCti Romani munus illud, veteris juris tuendi ipſis quaſi demandatum, ad priſtinum morem exercere deſierunt; imo, ſi quae inciderent in civilem prudentiam quaeſtiones novae atque dubiae, eas ad antiquitatis fictionem exigebant, cum Praetores liberiori quadam ratione id agerent, ut vel removerent ex jure antiquo, quae ſibi viderentur eſſe iniqua, vel nonnulla ejus capita ad novas cauſas transferrent; nec dubitare licet, quin ad Praetorum quoque inſtituta JCti manus ſuas adhibuerint, formulasque contexuerint, juri illi, quod edictis continebatur, accommodatas [5]). Caeteroquin

recondita quaedam JCtorum ars, tum in formulis totoque civili jure tum in ipsis diebus cognoscendis, quibus agi lege oporteret, haud leve illis praesidium fuit ad auctoritatem sibi apud populum vel comparandam vel conservandam [6]). Neque tamen pervulgata ista formularum fastorumque ratione [7]) haec JCtorum auctoritas imminui potuit; quippe quae in posterum quoque tenuisset [8]), nisi temporum decursu jurisprudentiae ipsiusque juris status paullatim immutatus esset, cum non modo de jure respondendi facultatem patricii jam cum plebe communicassent, verum etiam morum negotiorumque civilium longe diversa ratio effusiorque libertas quaedam invaluisset. Tum enim permulta ex juris gentium ratione judicari coeperunt, formulaeque actionum, ne diutius incerti fluctuarent cives, qua in agendo uterentur via, in edictis publice proponi [9]), in paucissimis tantum caussis legis actionum usu retento [10]). Ex quo autem praeclarum quoddam artium litterarumque studium Romanorum animos incenderat, etiam jurisprudentia coepit liberaliori via ac ratione tractari, quin incredibili quodam ardore excoli atque augeri a doctis viris, qui fere ab eo tempore, quo libera respublica ad summum unius imperium flexa est, atque vel maxime sub Hadriano usque ad Alexandrum Severum floruere. Quorum, quot novimus, plerique, quo erant ingenii acumine atque doctrinae praestantia, responsis suis scriptisque in tantum jurisprudentiam extulerunt fastigium, in quo ea neque ante illos fuerat neque postea perseveravit. Ac profecto libri eorum, quos de omni jure permultos scripserunt, non solum cum praestantissimis, quos tulit haecce aetas comparandi sunt, verum etiam, sive doctrinae soliditatem, sive sermonis elegantiam, sive argumentorum sententiarumque apte collocandarum atque inter sese conjungendarum rationem spectes, plurimis praeferendi, quippe perraro delabentium in pejus saeculorum labem indicantes [11]). Ex quo vero in artis quandam dignitatem jurisprudentia evecta est, fieri non potuit, quin philosophicis quoque in jure tradendo expli-

candoque praeceptis tamquam solidioris doctrinae fundamentis [12]) uterentur JCti. Quae tamen tantum abest, ut ad evertendam juris patrii indolem adhibuerint, ut nullum profecto majus praesidium tutiusque ad confirmandum id ipsum stabiliendumque fuerit comparatum, siquidem in maximis JCtorum veterum laudibus merito feruntur ea, (quae nimirum, quantum philosophiae studio adjuventur nemo est quin sciat): in verborum sententiarumque proprietate exquirenda solertia, in definiendo dividendoque subtilitas, in argumentando acumen, quibus vel maxime effectum est, ut ne temere rejicerentur, novisque inconstanter ac varie commiscerentur, sed potius certo consilio ac ratione adaugerentur atque in melius conformarentur, quae a majoribus accommodate ad patrios mores fuerant constituta. Quod autem omnino solet usu venire, cum alacrius artis alicujus studium exoritur, in ejusque rationes subtilius et accuratius investigare coeperunt homines, ut diversae emergant sententiae, id vel maxime in ejusmodi doctrina fieri videmus, cujus vis omnis in officiorum contentione posita est. Quae quidem, haud scio, an fuerit causa, non dicam omnium inter JCtos dissensionum [13]), at certe sectarum studii, in quas ex Augusti tempore abiisse JCtos, nemo ignorat. Quarum altera, quae Atejum Capitonem habuit auctorem, nomen autem duxit tum a Massurio Sabino [14]), tum praecipue a Cassio Longino, de antiquitate retinenda conservandaque admodum sollicita fuisse videtur [15]), in iis autem, quae non ex antiqui juris regulis essent judicanda, aequitatem reique naturam potissimum secuta [16]); altera, quae ab Antistio Labeone originem, nomen vero a Proculo traxit, videtur antiquarum vestigiis formularum minime inhaesisse, atque in iis innovandis, quae a majoribus fuerant instituta, liberius egisse [17]), in quaestionibus juris arbitrariis decidendis ad philosophiae rationem, qua erant imbuti ejus sectatores, exactius pressiusque disseruisse [18]). Neque vero exstimare licet, eos, qui sectam aliquam profitebantur, aut anxie magistrorum

prae-

praeceptis adhaesisse, aut in iisdem omnes rationem retinuisse illam, qua in describenda utriusque scholae indole usi sumus [19]); quemadmodum et hodie videmus eos, qui in tradendo explicandoque jure civili unam eandemque rationem sequuntur, in singulis locis mirum in modum inter se dissidere.

1) *Cic.* de legibus I, 4. („Quid hortaris? ut libellos conficiam de stillicidiorum ac de parietum jure? an ut stipulationum et judiciorum formulas componam? Quae scripta sunt a multis diligenter —"). Cujusmodi fuere actiones Hostilianae (*Cic.* de or. I, 57.) atque Manilianae venalium vendendorum leges (*Varro* de re rust. II, 5, 11.) cf. *Cic.* de or. I, 59. in extr.

2) *Pompon.* L. 2. §. 6 et 38. *de O. J.* *Gajus*, IV. §. 11.

3) Velut iis, quae ad posthumos instituendos spectant; L. 29. D. *de lib. et posth.* XXVIII, 2.

4) Ad hujusmodi figmenta sunt referendae, quae vel fiduciae causa ad reponendam tutelam vel interimendorum sacrorum causa fieri solebant coemtiones. (*Cic.* pro Mur. 12. de legib. II, 21. *Gaji* inst. I. §. 114. 115. 118. — cf. *Cic.* Top. 4. *Gaji* inst. II. §. 118. 119.). Num propter haec commenta eorumque similia (velut illud, cui querela inofficiosi testamenti superstructum est, pr. J. L. 2. L. 13. D. *de inoff. testam.*), quibus erat plenissimum jus a Prudentibus constitutum, idem jus commentitium sit appellatum a *Paulo* (L. 20. D. *de poenis* XLVIII, 19.) vid. *Bynkershoek* observ. V, 16.

5) *Cic.* de legib. I, 5. („Non ergo a Praetoris edicto, ut plerique nunc, hauriendam juris disciplinam"). Or. pro Mur. c. 11. in extr. — Utriusque generis formularum exempla congessit *Brissonius* in libr. V — VII. operis de formul. et solennibus pop. Rom. verbis.

6) *Cic.* or. pr. Mur. c. 11. p. med. de or. I, 41. de offic. II, 19. de legibus I, 4.

7) *Cic.* pro Mur. 11. de or. I, 41. ep. ad Att. VI, 1. in med. Liv. IX, 46. *Pomponius* L. 2. §. 6. *de O. J.* primum Cn. Flavium actiones populo proposuisse, refert, ex quo jus civile Flavianum appellatum, deinde Sextum Aelium alias actiones composuisse atque librum populo dedisse, qui appellatus sit jus Aelianum. Qui quidem idem ille fuisse videtur liber Sexti Aelii, qui inscribitur *Tripertita*, de quo ita *Pompon.* (§. 38.) „Tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita, jungitur interpretatio, dein subtexitur legis actio" cf. *Cic.* Cato, 9.

8) *Cic.* pro Mur. 11. in extr.

9) *Gaji* inst. IV. §. 110. 118. — Add. L. 1. D. *de poss. hered. pet.* V, 5. L. 1. pr. D. *de rei vind.* VI, 1.

10) *Gaji* inst. IV. §. 50. 51. 52. Tunc civiles actiones ex eo quidem genere, quae jam non ad legis actionem exprimi solitae erant, praetoriarum magna ex parte similes fiebant; *Gaj.* l. c.

IV. §. 33. relicto tamen haud levis momenti inter utrumque formularum genus discrimine (*Gaj.* IV. §. 45 ſqq. et §. 60.).

11) v. Opuscula varia de latinitate JCtorum veter. Edid. et animadv. adjecit *Car. Andr. Dukerus.* Lugd. Bat. 1711. 8. *Ge. Ad. Kirchmaieri* opuſcula VI rariſſima de latinitate Digeſtorum et inſtitutionum, coll. *Ge. Sam. Madihn.* Hal. 1772. 8. *Eckhardi* hermeneutica juris L. I. c. 3. (Pauciſſimae, quas tanquam ex naufragio tabulas ereptas fortuna nobis ſervavit, neque eas quidem utique genuinas, JCtorum veterum reliquiae, exceptis iis, quae in Pandectarum opere continentur, in libris ſupra (§. 3. not. **.) commemoratis ſunt collectae. Singulorum juris auctorum veterum editores ex recentioribus exſtitere: *G. Hugo* a) *Dom. Ulpiniani* fragmenta libr. regular. *cet.* Berol. 1788. rec. 1811. 8. (vid. *Fr. Ad. Schillingi* D. crit. de Ulpiani fragmentis. Vratisl. 1824. b) *Julii Pauli* ſententiar. receptar. libri V, quibus indicem edition. omn. corporis juris civil. fontium adjecit; Berol. 1795. 8.) *C. G. Haubold* (*Caji* Inſtitutionum libri II. Lipſ. 1792. 8. et in jure civ. antejuſt. p. 187 — 244.). *F. A. Biener* (*Pauli* ſententiae recept. in jure civ. antejuſt. p. 105 — 183.). *Fr. Ad. Schilling* (D. critica de fragmento juris Romani Doſitheano, P. I. continens ipſum textum fragmenti. Lipſ. 1819. 8.) et *Jo. Fr. L. Goeſchenius* (*Gaji* inſt. commentarii IV e codice reſcripto bibliothecae capitularis Veron. nunc primum editi. Accedit Fragm. veter. JCti de jure fisci ex aliis ejusd. biblioth. membranis transſcriptum. Berol. 1820. 8. — ed. 2. 1824. — Jurisconſultorum vero fragmenta apud alios ſcriptores obvia collegit *Dirkſenius.* (Königsb. 1814. 8.)

12) JCtis Romanis vel maxime adriſiſſe Stoicorum philoſophiam, cum ex omni philoſophiae iſtius ratione, vi atque indole intelligi poterit (cf. *Cic.* de or. II, 58.), tum ex eo, quod cum Stoicis nimii fuere in definitionibus, quae notatione ſ. etymologia fiunt (*Menagii* amoenitt. juris civ. c. 39.). Atque idem illud mirifica, quae inter ſingula philoſophiae praecepta Stoicorum propria atque Jurisconſultorum Romanorum decreta intercedit, convenientiae ratio (velut in L. 21. §. 5. D. *quod met. cauſa.* IV, 2. L. 1. §. 1. *de inſpic. ventre.* XXV, 4. L. 30. D. *de uſurp.* XLI, 3. L. 2. §. 40. *de O. J.*), denique veterum hac de re teſtimoniorum conſtantia credere nos cogit (*Cic.* Brut. c. 30. 31. *Gellii* noct. att. I, 22. *rel.*); quamquam non aeque omnibus Stoicorum, vel omnino philoſophorum placita probabantur, neque omnia, quae ex philoſophiae penetralibus profecta ſunt, a Stoicis petita eſſe exiſtimandum eſt. *Ev. Ottonis* orat. de vera non ſimulata JCtorum philoſophia (Traj. 1722.), *G. Mascov.* de ſectis Sabinianorum et Proculianorum, cap. VI, 1. *J. L. E. Püttmanni* interprett. et obſervatt. Lib. ſingul. c. II.

13) Controverſiarum inter JCtos, Imperatoribus priores, agitatarum exempla occurrunt ſatis multa in Ciceronis ſcriptis, velut de Or. I, 38. 39. 40. 56. 57. cf. *Gaji* inſt. I. §. 188. III. §. 149. L. 39. pr. D. *de ſtatu liberis.* XL, 7. *C. O. a Boekelen* Tr. de diverſis familiis veter. JCtor c. I. *J. A. Bachii* hiſt. jurisprud. Rom. II, 2. 4. 15.

14) *Ferd. Kämmerer* Beitr. zur Geſch. u. Theorie des röm. Rechts (Roſt. 1817. 8.), zweite Abhandl.

15) 17) L. 2. §. 47. D. *de O. J.* — L. 45. in fin. L. 44. 45. pr. D. *de procur.* III, 3. — L. 17. 18. 19. pr. §. 1. 2. D. *de negot. gest.* III, 5. — L. ult. C. *eodem.* II, 19. — §. 8. J. *de mandato*, III, 27. — §. 3. J. *de emt. et vendit.* III, 24. (verb.: „eamque speciem emtionis vendit. vetustissimam esse.") *Gaji* inst. III. §. 41. — L. 17. §. 1. 5. D. *de praescr. verb.* XIX, 5. L. 28. D. *de reb. auct. jud. possid.* XLII, 5. L. 26. D. *de vulgari et pupillari substitutione.* XXVIII, 6. L. ult. C. *de posth. hered. inst.* VI, 29. — *Gaji* inst. II. §§. 200. 219—222. 231. IV. §§. 78. 79. in fin.

16) 18) L. 7. §. 7. D. *de adquir. rer. domin.* XLI, 1. — *Gaji* inst. II. §. 79. L. 3. §. 5. D. *de adq. v. amitt. poss.* XLI, 2. L. 17. §. 5. D. *de pactis* II, 14.

19) *Gaji* inst. II. §. 218. L. 1. D. *de act. rer. amotar.* XXV, 2. (ubi Sabinus cum Proculo facit contra utriusque sectae adsentatores.) — *Gaji* inst. II. §. 37. III. §§. 98. 168. IV. §. 114. L. 14. D. *de jure cod.* XXIX, 7. (L. 18. *de manum. vind.* XL, 2.) — cf. de sectis et philosophia JCtorum opuscula (auct. *C. O. a Boekelen*, *J. Ph. Slevogt*, *J. H. Boehmer*, *Ev. Otto*, *C. v. Eck*, *J. S. Hering*) ed. *G. Slevogt.* Jen. 1724. 8. — *G. Mascovii* de sectis Sabinianorum et Proculianorum in jure civili diatriba. Inserta est disquisitio de Herciscundis. Lips. 1728. 8. — *C. H. Eckhardi* Hermeneutica juris I. c. IV. — *J. A. Ortloff* über den Einfluss d. stoischen Philosophie auf d. Röm. Jurisprudenz. Erl. 1797. 8. — *H. E. Dirksen* üb. die Schulen d. röm. Juristen (in *ejusd.* Beitr. zur Kunde d. R. R. Leipz. 1825 nr. I.)

§. 8.

Atque libera quidem republica, nondum per se ac propter se legis vicem obtinebant JCtorum responsa et interpretamenta, quorum in eo vel maxime auctoritas erat posita, quod vel ex legibus antiquis majorumque institutis videbantur depromta, quasi illis involuta, atque forensi usui tantummodo accommodata, vel, si quae nova invenerant JCti, ea juris civilis antiqui formis descripta moribusque et consuetudine erant confirmata. Unde vel maxime *juris civilis* [20]), tum etiam juris recepti nomen [21]), huic juris Romani parti inditum. Cum vero ipsum illud jus civile certis terminis circumscriptum esset, ac pleraeque jam juris innovationes fierent Praetorum edictis, in quae eodem modo, atque olim in veteres leges, studium suum contulerunt JCti, nova deinceps ipsis ab imperatoribus accessit auctoritas, praecipientibus, ut omnium si in unum sententiae concurrerent, id quod ita sentirent, legis vicem obtineret, sin vero dissentirent, judici quam vellet sententiam sequi li-

ceret [22]): Atque haec quidem Jurisperitorum de jure respondendi auctoritas eo primum coepit collabefieri, quod imperatores de jure responsitare ipsi consuerunt, licet non nisi in consilium hujus rei causa adhibitis JCtis id facerent ipsorumque responsis, tamquam firmissimis juris principiis decreta sua superstruerent [23]. Accessit deinde *Constantini* quaedam constitutio, qua praeceptum est, ut inter aequitatem et jus interponere interpretationem, soli liceret imperatori [24]. Denique, cum JCtorum, quibus olim de jure publice respondendi concessa fuerat facultas, scripta tamquam leges in foro observari solerent, huic quoque rei istud veluti temperamentum additum est, ut praeter *Papiniani*, *Pauli*, *Gaji*, *Ulpiani*, atque *Modestini* scripta, eorumque, quorum tractatus atque sententias illi suis operibus miscuissent, nulla JCtorum scripta legum vicem obtinerent; atque ubi diversae sententiae proferrentur, potior numerus vinceret auctorum, vel si numerus esset aequalis, ejus praecederet auctoritas, in quo Papinianus emineret, paribus vero eorum, quorum par esset auctoritas, sententiis, judices, quam sequi vellent, eligerent [25].

20) *Cic.* off. III, 16. *Pompon.* L. 2. §. 5. D. *de O. J.* (Quae hoc quidem loco apud Pomponium commemoratur disputatio fori, ad id juris genus consuetudine comprobati referenda videtur, cujus origo in rerum usu et tractatione negotiorum forensium maxime posita est.) Similis ratio est rerum judicatarum, quas vocat *Cicero* Top. 5. Quod utrumque genus, cum Jurisperitorum auctoritati maximam partem accepto feratur, similiter huic juri civili tamquam pars merito adscribitur. Caeteroquin de disputatione fori sunt conferenda: *Slevogt* Pr. de disp. fori (in opuscul. quae de sectis *rel.* collegit auct. p. 427 sqq.). *Jo. H. Hellfeld* D. de disputationib. fori (in ejus opusculis Dissert. II.). *C. Fr. Zepernick* diatr. de caussis centumviralibus; opusculor. *S. T. Siccamae* de jud. centumvirali editioni adjector. VII. *C. F. Moser* Versuche üb. einzelne Theile des bürgerl. Rechts (Stuttgardt 1806. 8.) Nr. I.

21) *Festus* de V. S. voce *receptum.*

22) L. 2. §. 47. D. *de O. J.* *Gaji* inst. I. §. 7. §. 8. J. *de J. N. G. et C.* Hinc est, quod juris auctores s. conditores ab imperatoribus appellitentur JCti, velut in L. 1. *C. Quib. ad libert.* VII, 18. L. 12. C. *de quaestionib.* IX, 41.

23) L. 1. C. *de his quae vi metusve causa*, II, 20. L. 5. C. *in quib. causs. pign.* VIII, 15. L. 1. C. *ad exhibendum* III, 42. L. 6. C. *de pact. convent.* V, 14. L. 1. C. *de V. et R. S.* VI, 58. L. 5.

C. *quando dies legator.* VI, 53. L. 9. C. *de fideicommissar. libertt.* VII, 4. L. 1. C. *quib. ad libert. proclamare non licet.* VII, 18. L. 13. C. *de evict.* VIII, 45. L. 12. C. *de quaestionib.* IX, 41. L. 1. C. *de vacat. publ. muner.* X, 45.

24) L. 1. C. *de legib.* I, 14.

25) L. un. (in ed. *Wenckii* L. 3.) Th. C. *de responsis prudent.* I, 4. (426.) Quam legem (*das Citirgesetz* vulgo vocant) praeter alios interpretati sunt: *C. G. Haubold* D. de emendatione jurisprudentiae ab Imp. Valent. III. instituta. Lips. 1796. 4. — *G. Hugo* Gesch. des Röm. Rechts bis auf Justinian (§. 385. edit. VII.). — *Hufeland* vorläufige Nachricht von den jurist. Schätzen der Würzb. Biblioth. p. 49 — 86. *K. Witte* Abhandl. (Berlin 1817.) p. 59 sqq. — Jam vero add. binas Constantini imp. constitutiones a Clossio repertas ap. *Wenckium* 1 et 2. Tit. de responsis prudentum). — cf. et L. un. pr. Th. C. *de sent. pass.* IX, 43. L. 13. J. C. eod. IX, 51. Constit. *Constantini* imp. ad *Maximum* P. P. (321.) L. un. pr. C. Th. IX, 43. L. 13. pr. C. Justin. IX, 51.

§. 9.

De Barbarorum legum Romanarum collectionibus.

Ineunte saeculo sexto post Ch. n., maxima imperii occidentalis pars barbarorum gentibus subacta fuit. Quorum reges, subditorum suorum commoditati, quos ex Romani juris praeceptis vivere oportebat, quo magis consulerent, vastos atque nimium diffusos dispersosque jurium fontes in breviaria quaedam (quae leges Romanae appellata sunt) [1]) contrahi curabant. Primus Theodericus, Ostrogothorum rex, opus ex omni jure Romano haustum, nova tamen prorsus ratione digestum, et ad temporis istius indolem conformatum, anno 500 publice proposuit; cui Edicti Theoderici nomen inditum [2]). Magis vero notanda nobis est ea, quae deinceps paucis interjectis annis Alarici, regis Visigothorum, jussu emanavit jurium collectio (*Breviarii Alariciani* nomine commemorari solita), quippe qua nonnullae juris veteris reliquiae, licet magna ex parte mutilae atque interpolatae, servatae nobis sunt [3]). Haud ita multo post secuta est lex Romana Burgundionum (quam vulgo Papiani responsa vocant), ordine quidem atque dispositione domesticae Burgundionum legis, sine autem et perficiendi ratione similis edicti Theoderici, nisi quod hujus le-

gis conditores fere ubique fontium, ex quibus ipsi hauserint mentionem injecerunt [4]).

1) *v. Savigny* Gesch. d. Römischen Rechts im Mittelalter I. Cap. III. p. 106 sqq.
2) *v. Savigny* l. l. II. Cap. XI. p. 164 sqq. *G. F. Rhon* comment. ad edict. Theodorici Regis Ostrogothorum. Hal. 1816. 4.
3) Nimirum ex Gaji institutionibus, Papiniani libro responsorum, Pauli receptis sententiis, tum etiam ex constitutionum collectionibus illis, Gregoriana, Hermogeniana atque Theodosiana, nec non, quae postea accesserant, novellis legibus. *v. Savigny* l. l. II. Cap. VIII. p. 56 sqq.
4) *v. Savigny* l. l. II Cap. VII. p. 9 sqq. Editt. exstant in *Schultingii* Jurisprud. vet. ante-Justin. p. 827 — 854.; in edit. juris ante-Justin. Berol. T. II. p. 1499 — 1541. — *A. Fr. Barkow* specimen editionis leg. Romanae Burgundionum. Berol. 1817. 4.

§. 10.

De jure Justinianeo *). *Jurium collectiones.*

Iis vero, quae in jurium libris componendis effecerant Barbarorum reges, longe superiores erant Justiniani hac in re labores, non solum operis prolixitate, verum etiam consilii dignitate atque rei ipsius quadam praestantia [1]). Qui cum in id potissimum intenderet animum, ut subditis cum ex veteris jurisprudentiae libris, tum ex legibus novis, i. e. imperatorum constitutionibus, utilia quaeque ac maxime necessaria, usuique forensi passim accommodata traderet, primum quidem novum codicem paravit, in quem non solum trium illorum Codicum, Gregoriani, Hermogeniani atque Theodosiani, verum etiam, quae post illos editae erant constitutiones colligerentur [2]), eundemque perfectum confirmavit anno 529 [3]), tertio, posteaquam in imperii societatem ab avunculo adsumtus erat ac solus ipse regnare coeperat. Deinde per septemdecim viros legitimae scientiae artibus instructos, inter quos primum locum obtinebat Tribonianus, Pandectarum [4]) s. Digestorum opus compositum est, continens e triginta novem JCtorum veterum [5]), potissimum ex *Ulpiani*, *Pauli*, *Papiniani*, *Salv. Juliani*, *Scaevolae*, *Pomponii*, atque *Gaji* scriptis excerpta, eaque ad edicti perpetui, codicisque

Justin. ordinem maximam partem disposita [6]). Quo quidem opere coepto nec tamen absoluto [7]), Institutiones i. e. juris breviarium accommodatum ad juvenum juris studiosorum captum intellectumque, Triboniano, Theophilo ac Dorotheo conscribendas mandavit, quae essent totius legitimae scientiae prima elementa [8]); via ac ratione in iis servata eadem, quam *Gajus* maxime secutus est, in *institutionum commentariis quatuor*, cui etiam plurima in Justiniani Institutionibus debentur [9]). Quamquam autem prius absolutae editaeque erant institutiones [10]) quam Pandectae, uno tamen eodemque die utrumque opus legis vim obtinuit, hoc est, die 30. m. Dec. anni 533 [11]). Verum enim vero cum non modo novae post priorem codicem confectum editae essent constitutiones, inter quas eminent quinquaginta decisiones, veterum altercationum dirimendarum causa propositae [12]), sed insuper legum argumenta earum, quae in Codice illo continebantur, non per omnia convenirent cum eo jure, quod ex antiqua sapientia suum fecerat imperator, repetitae praelectionis codicem, opera usus Triboniani, Dorothei, Mennae, Constantini et Joannis, adornavit, eundemque (prioris illius Codicis auctoritate atque usu omni abolito) die 16. Novbr. anni 534 promulgavit [13]); simili fere ratione ac Digestorum opus, ad edicti ordinem compositum, siquidem ab iis discesseris, quae ad sacri publicique juris spectant rationem, mirum scilicet in modum ab ea, quae antiquitus invaluerat, dissidentem **).

*) *Ernst Spangenberg* Einleitung in das Römisch-Justinianeische Rechtsbuch, oder Corpus juris civilis romani, handelnd von dessen Quellen, Entstehung, Plan, Verbreitung, gesetzl. Kraft in Teutschland, Verhältnisse zu d. übrigen teutschen Rechtsquellen, Auslegung, exeget. u. krit. Bearbeitungen, Uebersetzungen, Handschriften u. Ausgaben. Hannov. 1817. 8.

1) *v. Savigny* Geschichte d. römischen Rechts im Mittelalter, I. p. 13 sqq. — *G. Hufeland* über d. eigenthüml. Geist des röm. Rechts, Nr. XIV — XVI. (civilist. Abh. I. Giess. 1815. p. 123 sqq.) — *v. Löhr* Justinians Compilation (Magaz. für Rechtswiss. u. Gesetzgebung, herausgeg. v. *Grolman* und *v. Löhr*, III, 7. p. 176 sqq.). — *H. E. Dirksen* Bemerkungen üb. Justinians Compilation (civilist. Abh. I. Berl. 1820. 8. p. 192 sqq.).

2) C. *haec quae necessario*, de novo Codice faciendo (Id. Febr. 528.) pr. §. 1.

3) Cod. *summa reipublicae*, de Justinianeo Cod. confirm. (VII Id. April. 529.).

4) *A. Gellii* noct. att. XIII, 9. „In his esse praecipui videntur, quos graeco titulo *Πανδέκτας* inscripsit, tamquam omne rerum atque doctrinarum genus continentes." De Pandectarum nomine — utrum masculini generis sit an foeminini — disputavit *H. Brenkmann* hist. Pandectarum L. III. c. 6. cf. *Brissonii* opus de V. S. v. *Πανδέκτη*.

5) Sequuntur eorum nomina ex indicis Florentini serie passim emendata: Salv. Julianus, Papinianus, Qu. Mucius Scaevola, Alfenus Varus, Proculus, Qu. Ant. Labeo, Neratius Priscus, Javolenus Priscus, P. Juventius Celsus, Sext. Pomponius, Aburnus Valens, L. Volusius Maecianus, Jun. Mauricianus, Terentius Clemens, Sext. Caecil. Africanus, Ulpius Marcellus, Cervidius Scaevola, Florentinus, Gajus, Venulejus Saturninus, Cl. Saturninus Tertullianus, Papirius Justus, Domit. Ulpianus, Jul. Paulus, Cl. Tryphoninus, Callistratus, Arrius Menander, Ael. Marcianus, Ael. Gallus, Jul. Aquila, Herenn. Modestinus, Taruntenus Paternus, Aemil. Macer, Aurel. Arcad. Charisius, Licin. Rufinus, Furius Anthianus, Rutil. Maximus, Hermogenianus. — Caeterum ex Papiniano unum, ex Modestino plura fragmenta Graece scripta in Pandectas relata sunt. — Quae vero *Jo. Jensius* in stricturis ad Just. Cod. ac Pandectas (Rotterd. 1749. 4.) p. 1 — 52. satis quidem ingeniose fabulatus est, Pandectas hodie exstantes, e Graeco latine versas, jam dudum ab aliis sunt explosa velut a *Jo. Aug. Bachio* in d. unparth. Kritik über jurist. Schriften, I, 5. p. 163 sqq. cf. *Eckhardum Walchiumque* in Hermeneut. jur. §. 107.

6) C. *Deo auct.* (praemissa Dig. et inf. C. rep. prael.) L. 1. §. 5. C. *de vet. jure enucl.* I, 17. C. *Tanta* §. 5. — cf. *F. Blume* über die Ordnung der Fragm. in den Pandecten (Zeitschr. f. hist. R. W. IV, Heft III. p. 285. 286. 364.).

7) *Blume* l. l. p. 374. 375.

8) Pr. J. §. 4. C. *Tanta*, §. 11. c. *δέδωκεν*. §. 11. C. (ad antecessores) *omnem reipublicae* (praemissa Dig.) §. 2.

9) Pr. J. §. 6. — cf. *G. Th. L. Marezoll* comment. de ordine institutionum. Gott. 1815. 4.

10) XI Kal. Decbr. (21. Novbr.) 533. Pr. J. §. 7. Pandectae XVII Kal. Jan. (16. Decbr.) 533 editae sunt. C. *Tanta* in fin.

11) C. *Tanta* de confirm. Dig. (praemissa Dig. nec non codici rep. prael. inserta, L. 2. C. *de vet. jure enucl.*' Eadem exstat Graece scripta (c. *δέδωκεν*) similiter tum Pandectis praemissa tum Codici L. 3. *eod.* inserta) §. 23. „Leges autem nostras, quas in his codicibus, i. e. institutionum, seu elementorum, et Digestorum, vel Pandectarum posuimus, suum obtinere robur ex tertio nostro felicissimo sancimus consulatu praesentis duodecimae indictionis, tertio Kal. Jan." (30. Decbr. 533.)

12) §. 2. J. *de libertin.* I, 5. C. *cordi nobis* §. 1. De numero harum decisionum, tum de ratione, quam compilatores in iisdem Codici repet. prael. inserendis secuti sint, vid. *Edm. Merillius* in prolegomenis commentario ad quinquaginta decisio-

nes (Parif. 1618. 4.) praemiffis; *Abr. Wieling* in Jurisprudentiae reftitutae P. II. (contin. indicem legg. Cod.) p. 144. not. *; *Jo. Sal. Brunnquell* hiftor. jur. Rom. germ. P. II. cap. VII. §. 5 fqq. — cf. *Hugo* im civilift. Magaz. V. p. 118 fqq. *Savigny* Gefch. d. R. R. im Mittelalter. III. p. 666.

13) C. *cordi nobis* de emendat. Codicis (XVI. Kal. Decbr. 534). — Caeterum de Codicis latinitate atque ftilo inprimis vidend. *A. G. Cramer* über die Sprache des Codex und deffen Herausgeber, in d. Zeitfchr. f. gefch. R. W. II, 12.

**) De librorum atque titulorum totius juris civilis Juftinianei ordine ejusque ratione ex profeffo egit *Hub. Giphanius* in oeconomia juris. Frf. 1606. 4. Singulorum autem locorum difpofitionem quod attinet vid. *judicia virorum eruditiffimorum de ufu indicis legum chronologici*, *Abr. Wielingii* Jurisprudentiae reftitutae praemiffa, tum etiam libri hujus pars pofterior, qua continentur I. *Jac. Labitti* ufus indicis Pandectarum; II. *Henr. Hahnii* or. de ufu chronologiae in jure; III. *Henr. Brenkmanni* D. de legum infcriptionibus; IV. *Bernh. Henr. Reinoldi* or. de infcript. LL. Digeft. et Cod. — *Jo. Sam. Brunnquell* de utilitate ex dilig. comparatione infcript. in Dig. capienda (in opusc. p. 221 — 250.). — *Eckhardus* et *Walchius* de infcriptionibus et fubfcriptionibus legum, earumque recto ufu in interpretatione legum (Herm. jur. P. I. c. V.). — *G. Hufeland* de legum in Pandectis interpretandarum fubfidio ex earum nexu et confecutione petendo. Jen. 1785. 4. — *F. Blumii* comment. laud. üb. d. Ordnung der Fragmente in den Pandecten (Zeitfchr. f. hift. R. W. IV. p. 257 — 472.).

§. 11.

Quemadmodum autem id fibi imperator in reconcinnando jure propofuerat confilii, primum ut, quae jam erant diffufae atque plerisque ignotae juris partes, eae neceffaria quadam ratione conftringerentur apteque inter fe conjungerentur, quo facilius omnibus ad jura edifcenda patefieret via [14]), deinde ut omnia jura hoc modo collecta compofitaque legis vim fimiliter obtinerent, quafi ab initio effent ab ipfo profecta [15]); ita compofitoribus, qua ratione utrique huic confilio fatisfacerent peculiariter quaedam praecepit, hunc in modum: ut fupervacua atque ab ufu remota refecarent, imperfecta replerent, et fi qua emendatione opus foret, hanc fusciperent non titubante animo [16]), praeterea, ut nulla repugnantia, nec fimile quidquam feu iterum pofitum in his libris inveniretur, nifi forte vel propter juris aliam divifionem, vel propter repletionem, vel propter ple-

niorem indaginem hoc contigerit [17]). Atque haec quidem omnia ex ipsius sententia esse perfecta, postea declaravit, haec tamen subjiciens: „Si quid autem in tanta legum compositione, quae ab immenso librorum numero collecta est, simile forsitan raro inveniatur, nemo hoc vituperandum existimet, sed primum quidem imbecillitati humanae hoc adscribat, deinde sciat, *quod similitudo in quibusdam* et his brevissimis *adsumta non inutilis est*, et nec citra nostrum propositum hoc subsecutum: *aut enim ita lex necessaria erat, ut diversis titulis propter rerum cognationem applicare eam oportuerit, aut cum fuerat aliis diversis permixta, impossibile erat eam per partes detrahi, ne totum confunderetur* [18]). — Contrarium autem aliquid *in hoc codice positum* nullum sibi locum *vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit et aliam naturam inducit, discordiae fines effugientem*" [19]). Melius tamen haud dubie ex mente consilioque imperatoris opus sibi demandatum perfecturi erant compositores, si non nimium festinanter in medias quasi res irruissent, neque id sibi maxime laudi duxissent atque gloriae, ut rem tot tantisque laboribus repletam quam brevissimo tempore absolverent. Hinc scilicet fit, ut juris Justinianei libri non modo praeter necessitatem saepissime antiquam sapientiam redoleant, verum etiam antinomiis, quae passim in iis inveniuntur [20]), et maxime ambiguitatibus obscuritatibusque ex eo nimirum ortis, quod singulae res sententiaeque male inter se cohaerent, nos offendant. At laetanda nobis quidem magis quam dolenda videri debet ista compositorum levitas, quippe qua ex magna parte purae sinceraeque, ad nos pervenerunt veterum prudentum reliquiae, quae alioquin foede corruptae innumerisque inconditae atque barbarae doctrinae vestigiis contaminatae dehonestataeque ad nos delatae fuissent. Neque vero existimare licet, in singulis fragmentis disponendis nullum plane ordinem modumque observasse collectores, nisi quod variis titulis, quos pro

argumentorum diverſitate diſtinxerant, ſingula excerpta ſubjecerunt. Nam in Digeſtorum quidem fragmentis colligendis ordinandisque rationem adhibuerunt ejusmodi, quae cum per ſe commendabilis erat, tum ad juris ediſcendi methodum, quae quidem tunc temporis obtinebat, proxime accedebat [22]). Tres enim conſtituerunt ſcriptorum excerpendorum claſſes; unam eorum, quae ad jus civile maxime ſpectabant, in quibus principatum quendam obtinebant Sabinianorum ſcripta, nonnullis tamen ex edictalium ſerie admixtis, iisque talibus, quae ipſo rerum argumento cum Sabinianis apprime conveniebant [23]). Alteram eorum, quae juris doctrinis, edicto potiſſimum debitis, illuſtrandis inſerviebant; ad tertium vero genus ſcripta retulerunt ejusmodi, quae ad vitam uſumque rerum forenſem proxime accedebant, inter quae primus honor Papiniani ſcriptis habitus eſt. Quorum quidem omnium ſcriptorum et perlegendorum et excerpendorum ſimiliter inter ſe officium diviſerunt, collectaque ad eandam rationis normam per ſingulos titulos ita diſpoſuerunt, ut collectorum ex unoquoque genere major congeries priori plerumque loco adſignaretur [24]), haud tamen raro ſingulorum locorum obſervandorum ratione perturbata, aliis ſcilicet conſulto, aliis temere transpoſitis, aut additis poſtea interjectisve, quae antea fuerant omiſſa [25]). Codicem autem repetitae praelectionis quod attinet, non modo ſingulas conſtitutiones ordine, ut ajunt, chronologico ſuis compoſitores ſubjecere titulis, ſed ita eis inter ſe connectendis operam dederunt, ut unius velut legis ſingulae viderentur eſſe ſpecies, quarum magnum quidem numerum nulla alia ex cauſa, niſi quo melius juris poſterioris converſiones, cum ex principiorum ratione, tum ex ſingularum legum conjunctione intelligerentur, receptum eſſe apparet [26]).

14) C. *Deo auctore* §. 1. C. *cordi nobis* §. 5.
15) C. *Deo auctore* §. 6. 7. C. *Tanta* §. 20.
16) C. *haec quae neceſſario* §. 2. („adjicientes quidem et detrahentes, imo et mutantes verba earum, ubi hoc rei commodi-

tas exigeret*). C. *Tanta* §. 10. C. *summa reipubl.* §. 4. C. *cordi nobis* §. 3. — De ejusmodi correctionibus, quas interpolationes s. emblemata Triboniani nunc vocant, vid. *Jo. Jac. Wissenbachii* emblemata Triboniani et *Jo. Wybo* Tribonianus ab emblematibus *Wissenbachii* liberatus c. praef. *J. G. Heineccii.* Hal. 1736. 8. cf. *Spangenberg* l. l. p. 237 sqq.

17) C. *haec quae necessario* §. 2. C. *Deo auct.* §. 9. 10. C. *summa* §. 1.

18) De geminationibus in jure Justinianeo obviis vid. *Pardulphi Prateji* Jurisprudentiae mediae libri IV. (Lugd. 1561. 8. et in *Ottonis* thesauro juris Rom. T. III. p. 511 sqq.) I. — *F. Blume* de geminatis et similibus quae in Dig. inveniuntur capitibus. Jen. 1820. 8.

19) C. *Tanta* §. 14. 15. cf. Nov. 158. — C. *cordi nobis* §. 4. — *v. Löhr* l. l. p. 192. 193.

20) *Hub. Giphanii* Antinomiarum jur. civilis lib. IV. 1616. 4. et Frf. 1666. 4. — *Jul. Pacii* ἐναντιοφανῶν centuriae decem. Lugd. 1631. 8. et saepius. — *Ge. Ad. Struvius*, *Dion. Gothofredi: Immo*, hoc est conciliatio legum in speciem pugnantium, quas in notis ad Pandectas Dion. Gothofredus verbum *immo* usurpando indicare consueverat. Frf. 1695. 4. — *Ulr. Huber* Eunomia Romana sive censura censurae juris Justinianei, posthumum opus. Amstel. 1724. 4. (ed. secunda.)

21) *Dirksen* l. l. p. 219 sqq.

22) *Blume* l. l. p. 267. *Gothofredi* praef. comment. ad tit. de reg. jur. praem.

23) *Blume* l. l. p. 280. cf. C. *omnem reipublicae* §. 1.

24) *Blume* l. l. p. 349 — 352.

25) *Blume* l. l. p. 274. 284. 295 — 348. (Caeterum de legibus fugitivis s. erraticis, quas vulgo vocant v. *Eckhardi* hermeneut. jur. Lib. I. c. V. §. 169 — 175., ibiq. laudati Dd. quibus add. *Jac. Cujacii* observation. III, 37.

26) cf. C. *haec quae necessario* §. 2.

§. 12.

Novellae constitutiones.

Transactis collectoris partibus, imperator per triginta fere annos, quibus adhuc regnavit, magnam novarum legum copiam seorsum edidit, quibus jus ab ipso sancitum confirmatumque multis in causis abrogavit, mutavit, correxit [1]). Cum autem antea imperatores atque ipse etiam Justinianus in constitutionibus exarandis latina maxime lingua uti soliti essent, rarius etiam graeca [2]), hae quidem novellae constitutiones (νεαραὶ διατάξεις) graece maximam partem conscriptae sunt, paucissimis tantum vel latine (velut Nov. 36, 37.), vel

utraque lingua (ut Nov. 17, 66.) compofitis [3]). Neque vero imperatorem (quod fe facturum effe promiferat) [4]) has fuas ipfum collegiffe novellas, jam pro certo affirmari poteft [5]). Quapropter utique non eft quod dubitemus, ejus, qua hodie utimur, collectionis fpeciem Juftiniano non deberi [6]). Nec quae in ifta collectione continentur Novellae 168 [7]) omnes funt Juftiniani, fed ex iis aliae *Juftini* minoris (140, 144.) [8]), aliae *Tiberii* (161, 163, 164.), aliae ex Eparchicis funt, i. e. ex edictis Praefectorum Praetorio (165 [9]), 166, 167, 168.); contra vero extra hanc collectionem vagantur tredecim edicta Juftiniani, tantum non omnia [10]), quorum quidem non magis ulla unquam fuit apud nos auctoritas, quam novellarum Juftini minoris, Tiberii, Leonis philofophi [11]) aliorumque imperatorum Byzantinorum, Juftiniano pofteriorum, quae a nonnullis corporis juris civilis editoribus exhiberi folent [12]).

1) *C. Fr. Zepernick* delectus fcriptorum Novellas Juftiniani imp. earumque hiftoriam illuftrantium. (Praefatus eft de difficultatibus atque impedimentis confcribendi hiftoriam fingularum Juftiniani Novellarum.) Hal. 1783. 8. — *F. A. Biener* Gefchichte d. Novellen Juftinians. Berl. 1824.

2) De graecis quae in Cod. repet. prael. obvia funt, vid. *Dirkfen* civilift. Abh. I, 1. p. 56 fqq.

3) Cf. praef. Nov. 17. Nov. 66. c. 1. §. 2. *Aem. Lud. Hombergk zu Vach* de novellarum conftitutionum imperatoris Juftiniani lingua originaria et vulgatae verfionis aetate, auctore et ufu in foro diatribe (in *Zepernickii* collect. Nr. II. p. 177 fqq.) *Ferd. Aug. Hommel* de textu Novellarum originario conjecturae (ibid. Nr. III. p. 295 fqq.). *J. M. Silberradii* not. *a.* ad *Heineccii* hift. jur. §. 296.

4) C. *cordi nobis* §. 4. in fin.

5) *Biener* l. l. p. 38—50. — cf. *A. L. Hombergk zu Vach* de collectione Novellarum a Juftiniano facta fchediasma (apud *Zepernick* l. l. p. 295 fqq.) §. 4. *J. D. Ritteri* notae ad *Heineccii* hift. jur. §. 396. atque *Silberradii* not. *a.* ad ejusdem libri §. 397. *Bachii* hift. jur. Lib. IV. c. I. Sect. II. §. 21.

6) *Hombergkii* fchediasma modo laudat. §. 15. 16.

7) *A. G. Cramer* Beiträge z. Gefch. d. Novellen; in *Hugonis* civilift. Magaz. III. Nr. VII. *v. Savigny* Beitrag z. Gefch. d. Novellen; in d. Zeitfchr. f. gefchichtl. R. W. II, 3.

8) *Cramer* l. l. p. 157.

9) Vid. tamen *Cramer* l. l. p. 159.

10) cf. *Biener* l. l. p. 114 — 120.

11) *Casp. Achat. Beck* de novellis Leonis Philosophi earumque usu et auctoritate liber singularis, adjectis animadversionibus et mantissa commentationum ad argumentum spectantium (insunt 1) *editoris* praetermissa de vita, rebus gestis et constitutionibus etc. Leonis; 2) *Jo. Fr. Olearii* Pr. de valore novellarum Leonis; 3) *editoris* conjecturae, quibus ex caussis Novellae Leonis sapientis in Germania receptae dici nequeant) ed. *C. Fr. Zepernick*. Hal. 1779. 8.

12) Byzantinorum imperatorum quorundam novellae inde a Basilio Macedone collectae sunt in *Jo. Leunclavii* jure Graeco-Romano tam canonico quam civili — (cura *Marq. Freheri*. T. I. II. Frf. 1596 f.) (T. II. p. 154 — 192.).

§. 13.

De juris Justinianei interpretationibus atque versionibus maxime graecis.

Juris Justinianei in terris praesertim Romani orientalis auctoritas legalis per plura secula obtinuit, usus tamen forensis sensim sensimque evertebatur, non majore novellarum constitutionum ab impp. Justiniano posterioribus editarum, quam interpretationum graece maximam partem conscriptarum molimine. Scilicet egregie quidem juri Justinianeo explicando inservire possunt istae ipsae interpretationes, ac potissimum *Theophili*, antecessoris Constantinopolitani, paraphrasis Institutionum [1]), *Thalelaei*, *Theodori*, *Stephani*, aliorum commentarii in Pandectarum atque Codicis titulos [2]), *Juliani* denique Novellarum epitome, aliquot ante annis, quam e vita discessit Justinianus, latine edita [3]). Quoniam autem usum ipsorum juris Justinianei librorum atque auctoritatem omnem in foro occupaverant; neque intra eos cancellos sese continuerant interpretes, quibus quasi sepimento imperator eos circumdederat [4]); fieri non potuit, quin plurimum valerent ad commutandam paullatim eam, quae antea fuerat, jurisprudentiae faciem. Atque novam deinceps juri conversionem paravit *Basilius Macedo* imp., qui decurrente fere seculo aerae nostrae nono Byzantii regnum tenebat [5]). Is primum juris Byzantini breviarium, *πρόχειρον τῶν νόμων* s. *ἐκλογὴν* circa annum 876 edidisse [6]), deinde majus instituisse opus

dicitur *τῶν βασιλικῶν διαταξέων*, quod poſt ipſius demum mortem (886) filius Leo [7]), cui cognomen fuit Philoſophi, perfecerit, atque in ſexaginta libros diſtinctum (unde ἑξηκοντάβιβλος) ediderit. Repetitam ejus praelectionem, (vulgo vocant *τῶν βασιλικῶν ἀνακάθαρσιν* [8])), Leonis filius Conſtantinus Porphyrogenetus circa annum 945 publicari curavit [9]). Cujus quidem operis maxima pars ad nos pervenit [10]), incomparabile ſane juri Juſtinianeo tamquam fonti ſuo explicando adjumentum [11]), quandoquidem ex omni fere hujus juris volumine ejusque verſionibus graecis maxime hauſtum eſt [12]). Ad Baſilicorum libros ſcripta collectaque ſunt tum ſcholia, quorum magna pars ex Juſtinianeorum JCtorum ſcriptis eſt deſumta [13]), tum etiam gloſſae nomicae, ſive breviores verborum, quae in Baſilicis occurrunt interpretationes [14]). Neque defuere, qui concinnandis ex jure Byzantino epitomis operam darent, in quibus praecipuum quendam locum obtinet Synopſis illa Baſilicorum ſive *ἐκλογὴ Βασιλικῶν*, quae quidem ipſi debetur Leoni [15]); itemque illud *τὸ πρόχειρον τῶν νόμων* ſ. manuale juris a Conſtantino Harmenopulo ad ſupplendum Baſilii imperatoris *πρόχειρον*, ſeculo demum aerae noſtrae XIV compoſitum [16]).

1) *Theophili* anteceſſoris Paraphraſis graeca inſtitutionum caeſarearum: cum notis integris *P. Nannii*, *J. Curtii*, *D. Gothofredi*, *H. Erneſtii* et *C. A. Fabroti*, ac ſelectis quamplurimorum eruditorum obſervationibus; lectionum varietates ex primariis editionibus et Pithoeano MS. inſeruit, novam verſionem *κατὰ πόδα* concinnavit ſuasque animadverſiones addidit *Guil. Otto Reitz*; qui et fragmenta Theophilina nunc primum collecta et titulos graecos *de V. S.* ac *de R. J.* — nec non XX excurſus varii argumenti — cum gloſſario Theophilino — ſubjunxit T. I. II. Hag. Com. 1751. 4. (cf. *Jo. Gothofr. Sammet* opuscula var. arg. (Lipſ. 1763. 4.) nr. VIII.)

2) *Thalelaei*, *Theodori*, *Stephani*, *Cyrilli* aliorumque JCtorum graecorum commentarii in Titt. D. et Cod. *de poſtulando* ſive *de advocatis*, et *de procuratoribus* et *defenſoribus* (nec non: *quod cujusque univ. nomine*) — nunc primum edid. latine vertit et caſtigavit *Dav. Ruhnkenius*; Hag. Com. 1752. fol. et in *Meermanni* theſ. jur. civ. et can. T. III. init. p. 1—44. et T. V. (2.) p. 1—84. — *Schraderi* prodromus corporis jur. civil. (Berol. 1823.) p. 57. *Blumii* iter italicum (Berl. 1824.) p. 262 ſqq. *Goeſchenii* praef. ad Gajum p. 66. (ed. II.). *Biener* l. l. p. 121 et 130.

3) *Biener* l. l. p. 70 ſqq. — Locupletiſſimum editionum codicumque mſſ. indicem exhibuit *C. G. Haubold:* Beitrag zur Geſchichte des Novellenauszugs von Julian, in der Zeitſchr. f. geſchichtl. R. W. IV, 4. (p. 151 — 188. et p. 491—494.)

4) C. *Deo auctore* §. 12: „nullis jurisperitis in posterum audentibus commentarios illi applicare, et verbositate sua supradicti codicis compendium confundere: quemadmodum in antiquioribus temporibus factum est, cum per contrarias interpretantium sententias totum jus paene conturbatum est;" C. *Tanta* §. 21: „nisi tantum si velit eas in graecam vocem transformare, sub eodem ordine, eademque consequentia, sub qua et voce Romana positae sunt: hoc quod Graeci κατὰ πόδα dicunt" (v. *Haloandri* praef. novellarum): „et si qui forsitan per titulorum subtilitatem adnotare maluerint, et ea, quae paratitla" (v. *Menagii* amoenitt. juris civ. c. 15.) „vocantur componere."

5) *Jo. Mar. Suaresii* notitia Basilicorum, praemissa edit. Basilicorum Fabrotianae, et saepius noviss. cum observationib. *Chr. Fr. Pohlii* Lips. 1804. 8. — *Biener* l. l. p. 127 sqq. *C. G. E. Heimbach* D. de Basilicor. origine, fontibus, hodierna conditione atq. nova edit. adornanda. Lips. 1825. 8.

6) Vid. *Silberradium* ad *Heineccii* hist. jur. §. 404. not. a. *Bachii* hist. jur. Rom. Lib. IV. c. II. Sect. II. §. 5. et ibi *Stockmannum*. — Caeter. cf. *Biener* l. l. p. 129 et 151.

7) Idem Leo auctor est novellarum, quarum (§. 12. not. 11.) mentionem injecimus.

8) Vid. *Biener* l. l. p. 128.

9) Sed. vid. *Biener* l. l. p. 127. not. 18.

10) Nimirum XXXVI libri integri post *Reitzii* curas (cf. tamen *Hauboldi* manuale Basilic. etc. p. 325 sqq.), septem lacunosi editi sunt, reliquos e synopsi aliisque fontibus supplere atque restituere conatus est *Fabrotus*: Βασιλικῶν lib. LX. *Car. Annib. Fabrotus* latine vertit, et graece (una cum scholiis) edid. T. I—VII. Par. 1647. fol. — Basilicorum libri quatuor (49. 50. 51. 52.). Ex cod. mscr. regiae bibliothecae Parisiensis nunc primum editi, variantes lectiones collegit, notasque — addidit *G. O. Reitz*, in *Meermanni* thes. jur. civ. et can. T. V. (init.) p. 1—104. — cf. *Höpfneri* Berichtigung gewöhnlicher Vorstellungsarten über die späteren Schicksale der Basiliken. Mit (Anmerkungen und) zwey Zugaben v. *Hugo* (in *Hugo's* civ. Mag. II. 18.). — *Hugo* R. Gesch. p. 919 sq. (ed. IX.). — *C. Witte* Basilicor. tit. de div. reg. jur. antiqui, nunc demum integer ed. Vratisl. 1826.

11) *Eckhard* et *Walch* de versionibus juris graecis earumque recto usu in interpretando. (Herm. jur. c. 7.) — *C. G. Haubold* Manuale Basilicorum exhibens collationem juris Justinianei cum jure graeco postjustinianeo, indicem auctorum recentiorum, qui libros juris Romani e graecis subsidiis vel emendaverunt vel interpretati sunt ac titulos Basilicorum cum jure Justinianeo et reliquis monumentis juris graeci postjustinianei comparatos. Lips. 1819. 4.

12) Vid. *Biener* l. l. p. 127. 128.

13) Vid. *G. O. Reitz* in excursu XX. ad Theoph. *Idem* in praef. ad quatuor Basilic. libr. a se editos. §. V. cf. *Ruhnken* in praef. ad *Thalelaei*, *Theodori* aliorumque JCti graecorum comment. in Tit. Dig. et Cod. *de procur et defens.* *A. Gu. Crameri* Dispunct. jur. civ. (Suer. 1792. 8.) c. 1. in f. cf. earundem dispunct. c 5. inscr. Ῥωμαΐκα Μαγίστρου quid?

14) Veteres glossae verborum juris quae passim in Basilicis reperiuntur — accesserunt — *Jo. Scaligeri* et aliorum doctor. viror. emen-

emendationes, denique notae *Ant. Schultingii;* in *Ottonis* thes. jur. Rom. III. p. 1697 sqq.

15) LX Librorum Basilicῶn i. e. universi juris Romani graecam in linguam traducti ecloga s. Synopsis Basilicorum, gr. et lat. edita a *Jo. Leunclavio.* Basil. 1575. fol. (*Biener* l. l. p. 152 sq.) — *Car. Labbaei* observation. et emendation. in Synopsin Basilicor. Par. 1607. 8. (cf. *Cujac.* XVIII. obs. 37.)

16) Saep. edit. et noviss. ex rec. et c. not. *O. G. Reitzii* in Suppl. thes. *Meermann.* p. 1—574. — cf. *Biener* l. l. p. 156.

§. 14.

Juris Justinianei in Italia usus ab ejus origine ad restauratam a glossatoribus jurisprudentiam *).

Expulsis ex Italia barbaris, in occidentali quoque imperii parte jus Justinianeum legis vim nactum est atque in foro auctoritatem [1]). Quae ne expugnata quidem a Longobardis Italia plane exolevit [2]), quin etiam in provinciis Francorum ditioni subjectis invaluit [3]). Quemadmodum autem inde tolli non potuit juris fontium auctoritas eorum, qui antea in his terris obtinuerant, ita ipsorum juris Justinianei librorum lectio atque usus aut nullus aut certe haud frequens videtur fuisse; utpote ad cujus intellectum nemo accedere possit, nisi qui antiqui juris rationes penitius perspectas habeat. Atque Novellarum adeo, licet ad seculi genium propius accedentium locum et auctoritatem in foro usurpavit Juliani illa, quam supra memoravimus, Novellarum epitome [4]). Neque vero eodem tempore viros defuisse, qui his ipsis libris, quotquot eorum adire illis liceret, perlegendis operam enixe impenderent, ac suam qualemcunque notitiam in commune conferrent, id cum ex aliis, quae adsunt, vestigiis [5]), tum vero maxime ex duobus illis libris, juris Justinianei quasi brevibus compendiis, intelligitur, uno, quem vulgo *Petri* exceptiones, i. e. excerptiones vocant, qui quidem ex eo jure quod tum temporis obtinebat plura habet admixta [6]), altero, cui *Brachylogi* est nomen [7]), in quo juris Romani sincera propemodum atque intemerata praecepta, ordine maxime Institutionum Justinianearum servato, pla-

ne ac dilucide, fermone vero pro temporis iftius barbaria fatis puro atque nitido, traduntur.

*) *Fr. C. v. Savigny* Gefchichte des Röm. Rechts im Mittelalter. T. I. II. Heidelb. 1815. 1816. 8. T. III. 1822.

1) Pragmat. Sanctio Juftiniani (de a. 554.) c. XI. „Jura vel leges *codicibus noftris infertas, quas jam fub edictali programmate in Italiam dudum mifimus*, obtinere fancimus: fed et eas, quas poftea promulgavimus conftitutiones, jubemus fub edictali propofitione, ex eo tempore, quo fub edictali programmate evulgata fuerint, etiam per partes Italiae obtinere."

2) *v. Savigny* l. l. II. p. 174 — 186. 193 — 196. 205 — 224. 227 — 237. (cf. I. p. 365.) 256 — 260. — cf. *Heineccius Ritterus*que in hift. jur. Rom. §. 411.

3) *v. Savigny* l. l. II. p. 109. 110. 118. 126 — 129. — (cf. cap. XV. p. 261 — 294.)

4) vid. *Ritterum* ad *Heinecc.* hift. jur. I. §. 403. et *v. Savigny* l. l. II. p. 143. 155. 188. 206. 233. 277 cet.

5) *Fr. Aug. Biener* hiftoria authenticarum. Sect. I. §. 2. p. 14 fqq. *v. Savigny* l. l. II. p. 187 — 192. p. 224 — 227. *Niebuhr* Röm. Gefch. II. p. 540 fqq.

6) Edit. noviff. in *Savignyi* opere modo laudato. II. p. 297 — 392. cf. ibid. p. 130 — 135. *Hugo* Gefch. des Röm. Rechts feit Juftinian. (2te Aufl.) §. 69.

7) De hujus libri ratione atque indole, fontibus, libris fcriptis nec non typis evulgatis vid. *v. Savigny* l. l. p. 238 — 256. cf. *Crameri* dispunct. jur. civil. c. 12. Pervulgatiffima videtur effe *H. C. Senckenbergii* editio (Frf. et Lipf. 1743. 4), quae tamen in ipfo libri titulo infigne negligentiae fpecimen praefert, quippe Brachylogum corpus legum effe *paulo poft Juftinianum confcriptum* oftentans. (cf. Brachyl. Lib. IV. c. 3. l. 12 in f.) *Niebuhr* in d. Zeitfchr. für gefch. R. W. III. p. 412. 418 — 420. *G. F. Specker* Pr. *Schradero* D. qua epitome inftitution. XII faeculo confcr. — defcribitur. Tub. 1819. 8.

§. 15.

Ufus atque propagatio juris Romani inde ab inftaurato ejus in Italia ftudio. *)

Nova autem omnium bonarum artium ftudiis inde a Sec. XII. affulfit lux, caliginem, qua paene inductae latuerant illae, fplendore fuo discutiens, ac noftrum quidem ftudium ad incredibile quoddam gloriae atque auctoritatis faftigium extollens. Scholae enim juris non fluxae et fragiles, quales antea quidem fuerant, fed perpetua doctorum fucceffione celebres Bononiae aperiuntur ab Irnerio quodam (f. Guarnero f. Wernerio);

singulae juris Justinianei opes, partim latentes oblivione que paene obrutae, egregio quodam ardore undique conquiruntur, atque ex omnibus Europae terris juvenes juris illius perdiscendi cupiditate ducti convolant Bononiam, idemque jus in patriam reduces, caussis negotiisque tractandis summo cum fructu adhibent. En caussam, cur jus Justinianeum per totam fere Europam propagatum, jurisque scripti auctoritatem nactum sit [1]), quae quidem ante vel plane nulla fuerat, vel imperfecto, aut omnino incerto fontium usu nitebatur. At vero felicissimus ille successus quam maxime etiam ex ipsius juris Romani indole ingenioque praeclaro repetendus est. Cujus quippe praecepta, si minus omnia, at certe plurima eaque gravissima ita sunt comparata, ut eorum usus minime aut certarum regionum terminis contineatur, aut regiminis quadam formula certae civitatis propria definiatur, verum ubivis gentium esse possit, maxime ubi commerciorum usus augeri, vita civilis negotiorum quadam multitudine amplificari impedirique, atque populus ipse ad litterarum omniumque bonarum artium studium adsurgere coepit. Contra vero domesticarum legum studium parum adferre videbatur utilitatis, ac multo etiam minus habere delectationis. Inconditae enim erant et rudes, ac saepenumero etiam aut mores, aut instituta civilia, inprimis quod ad judiciorum formulas atque rationem attinet, redolebant ejusmodi, quae usu atque vetustate jam exoleverant. Cum igitur istius aevi homines facile adsuescerent, quidquid de jure vel cogitarent vel scriberent, id sententiis, ex jure Romano depromtis, tamquam antiquae et perpetuae sapientiae praeceptis instruere, fieri non potuit, quin jurium fontes, temporibus atque ratione inter se diversissimi, jure Romano tamquam colore imbuti, sine hujus juris accuratiore cognitione vix ullum in foro usum praeberent [2]). Hac jam ratione pristini juris indole paullatim immutata, tandem peregrini juris auctoritas in his fere caussis negotiisque praevaluit, quae communi quadam principiorum ratione nituntur; tum etiam novae

prorsus jurium formae ex diversorum fontium velut mixtura emergebant, patrii juris proprietate non nisi in partibus quibusdam necessariis retenta. Caeterum ad auctoritatem juri Romano in Germania comparandam haud parum profuit imperatorum majestas, huic juri, tamquam a majoribus suis profecto, ipsorumque praeterea commodis multimodis inservienti, enixe faventium. Ad summam autem gloriam hocce nostrum studium evexerunt *Friderici* impp. I. et II., qui, dum schola glossatorum florebat, praesentes in Italia aderant [3]). Alter enim celeberrimorum illius temporis JCtorum opera in constituendo Italiae regno usus est, in consilium ipsis adhibitis conventuique ad Roncaliam anno 1158 habito, tum etiam privilegiis Scholam Bononiensem auxit [5]); uterque autem in maximis semper honoribus habuit JCtos, legesque adeo nonnullas a se latas, Codici repetitae praelectionis inseri jussit, ut parem cum constitutionibus Justinianeis vim obtinerent [6]). Hisce jam omnibus in unum concurrentibus caussis, etiam contra nitentium quorundam Germaniae procerum ausibus non potuit impediri, quo minus in legis vim jus Romanum pedetentim abiret. Id quod non legis alicujus publicae sanctione effectum est, sed solo utentium consensu, legibus deinceps confirmato, obtinuit [7]). — Sed quoniam non modo praecipua hujusce rei causa in doctrinae instauratione posita est, verum etiam nemo umquam in juris Justinianei disciplina quidquam proficiet, nisi aliqua saltem earum, quas illa subierit, vicissitudinum litterariarum cognitione imbutus sit, ideo de JCtorum recentiorum scholis studiisque nonnulla hoc quidem loco monere animus mihi est *).

*) *de Savigny* l. l. T. III. c. 18.

1) Cf. *Arthur Duck* de usu et authoritate juris civilis in dominiis principum Christianorum. Londini 1653. 8. — *E. Spangenberg* Einleit. in d. Röm. Justin. Rechtsbuch. Th. I. Kap. IV. p. 86 — 116. — *K. Fr. Eichhorn* deutsche Staats- und Rechts-Geschichte. II. Theil. (2te Aufl. Gött. 1819.) §. 265 sqq. III. Th. §. 440 — 442.

2) *Eichhorn* l. l. §. 444.

3) vid. *Silberradium* ad *Heineccii* hist. jur. Lib. II. §. 60. (p. 815—845.). *Eichhorn* l. l. §. 269.
4) *M. Sartius* in prooem. operis de claris Archigymnasii Bonon. professoribus. §. 25.
5) Auth. *habita* C. *ne fil. pro patre* (IV, 13.)
6) Vid. verba final. auth. *habita*; et *Biener* hist. authent. §. 19.
7) *Eichhorn* l. l. §. 440 et 442. *Spangenberg* l. l. p. 112 — 115.
*) *C. G. Hauboldi* institutiones juris Romani litterariae. T. I. Partem biographicam et bibliographicae capita priora, maxime quae ad jus antejustinianeum spectant, continens. Lips. 1809. 8. — *G. Hugo* Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts seit Justinian oder der jurist. u. meist civilistischen gelehrten Geschichte. 2te Aufl. Berl. 1818. 8.

§. 16.

Schola Irneriana s. glossatorum aetas *).

Etsi jam ante Irnerii tempora scholam juris haud ignobilem Ravennae fuisse constat, neque vestiga desunt scholarum in ipsa civitate Bononiensi de jure Romano habitarum [1]), horum tamen studiorum instaurator vere dici potest ipse ille *Irnerius* [2]) (ob. ante a. 1140), qui fuit glossatorum auctor atque princeps. Quem proxime consecuti sunt quatuorviri illi *Bulgarus* (ob. 1166), ejusque aemulus *Martinus Gosia* (ob. circa 1167), *Hugo de Porta Ravennate* (ob. 1168), atque *Jacobus* (ob. 1178), quos colloquio apud Roncaliam habito interesse voluit imperator. Eodem fortasse tempore aut certe haud ita multo post jus civile professi sunt *Burgundio* s. *Berguntio* (ob. 1194), qui etiam graeca Pandectarum in Latinum vertisse dicitur [3]), *Aldericus* [4]), *Rogerius Beneventanus*, *Albericus de Porta Ravennate*, *Placentinus*, denique *Joannes Bassianus*. Sane post illos floruere *Pillius Cremonensis*, *Azo* (ob. 1220), *Hugolinus Presbyteri*, eosque secuti sunt *Jacobus Balduinus*, *Rofredus Beneventanus*, et, qui reliquorum, praeter *Irnerii*, laudes laboribus suis paene obscuravit, *Accursius* (ob. circa 1260). Is enim glossam ordinariam (i. e. magistralem et ordinatam), composuit, ex adnotationum farragine, quas inde ab Irnerii temporibus juris interpretes celeberrimi ad jus Justinianeum conscripserant, quae graeco vocabulo glossae appellatae sunt [5]), optima quaeque excerpens, atque ex sua ipsius penu

multa adjiciens, quibus velut perpetuo commentario totum hujus juris corpus inſtruxit [6]). Antea enim, etiamſi gloſſae ordinatae veſtigia appareant non plane nulla, juris libri plerumque ſingulorum duntaxat gloſſatorum apparatu inſtructi proſtabant, quorum quidem gloſſae duplicis erant generis, aliae breviores, ſingulis ſcripturae lineis interjectae (unde *gloſſae interlineares* dictae, quae *Irnerio* maxime in deliciis fuiſſe feruntur [7])), aliae prolixiores, quas margini apponere ſolebant. Pervulgatis igitur Accurſii ſcholiis, fieri non potuit, quin paullatim libri ſingulorum gloſſis inſtructi a ſcholarium tantum non omnium uſu recederent, atque unus ille Accurſianus apparatus omnem ſibi, tum in ſcholis, tum in foro auctoritatem vindicaret, quippe qui non ſingularis hominis tenuitati acquieſceret, ſed plurimorum atque illuſtrium quorumque juris interpretum dotes una complecteretur. Quo autem labore gratiam a plerisque inivit Accurſius, eodem ipſe in multorum reprehenſionem incidit, quippe qui, non modo illum Irnerii, hujusque ſectatorum elegantias vel abjeciſſe, vel omnis generis barbarie inquinaſſe, verum etiam turpi ſocordia atque oſcitatione maxime inter ſe diſcrepantes Doctorum ſententias promiſcue excerpſiſſe, palam conclamarent [8]). Ipſe Accurſius gloſſatorum agmen claudit, quibus falſo poſterioris temporis nonnulli juris expoſitores adnumerantur, quorum quidem ſententiae atque opiniones gloſſae, tum ab ipſis, tum a librariis adeoque ab editoribus paſſim adſperſae inveniuntur [9]). Nullo autem modo praetereundus hoc loco eſt (qui quidem inter gloſſatores non eſt referendus) *Magiſter Vacarius*, ex Italia in Angliam medio circiter duodecimo p. Chr. ſeculo delatus, ubi jus civile docuit atque juris Juſtinianei epitomen pauperum in uſum e Digeſtis et Codice excerptam, et ad novem priorum Codicis librorum ſeriem fere diſpoſitam, confecit. Qui quidem liber hodieque exſtat et utiliſſimus eſt, cum in eruendis antiquiſſimorum Codicum MSS. lectionibus, tum vel maxime ad Irnerianae ſcholae rationem melius cognoſcendam, accuratiusque quidquid illa in

jure Justinianeo, quale nunc habemus, constituendo praestiterit, investigandum [10]).

*) *Guidi Panziroli* de claris legum interpretib. (cura *C. G. Hoffmanni*. Lipf. 1721. 4.) Lib. II. c. 13 — 29. *Mauri Sarti(i)* de claris archigymnasii Bononiensis Professoribus a sec. XI. usque ad sec. XIV. (T. I. P. I. II. Bonon. 1769 — 1772. fol.) p. 1 — 147.

1) Vid. de his scholis Irnerio antiquioribus: *Sartium* in prooemio operis laudati, et *v. Savigny* Gesch. d. R. R. im Mittelalt. T. III.

2) *Sartius* l. l. *Id.* in vita Irnerii (oper. laud. p. 11 — 28., atque iterum una cum prooemio edita a *Zepernickio* in biga libellor. authenticas illustrant. p. 61 — 158.) §. 4. ibique excitat. *Odofredus* ad L. 6. D. *de J. et J.*

3) *H. Brenkmanni* histor. Pand. p. 61. Quam laudem falso quidam tribuebant Bulgaro. *Sartius* in *Irnerio* §. 3., in §. 16. (p. 36. oper. laud.)

4) *Sartius* l. l. p. 63. cf. *Duck* l. l. p. 142 a.

5) *Quinctilian.* inst. orat. I, 1. extr. *Eckhardi* hermeneut. jur. §. 31. not. cf. usque ad not. 8. *Savigny* l. l. p. 514 — 523.

6) *Sartius* in Accursio (oper. laud. p. 136 — 147.) §. 7 — 12.

7) *Sartius* in Irnerio, §. 5. et appendicis monumentor. operi adjector. I. (p. 187.) cf. tamen *C. F. Wenckii* Magister Vacarius p. 117.

8) A qua injuria Accursium praeter *Gu. Panzirolum*, *Alciatum*, *Cujacium*, aliosque quos nominat *Sartius* l. l. §. 12. egregie defendit *Jo. Gottl. Heineccius* in historia juris Romani ac Germanici, Lib. I. §. 416. not. *. *A. Augustini* emendation. Lib. II. c. 5. (in *Ottonis* thes. jur. Rom. IV. p. 1478.) III, 3. (ib. p. 1563.)

9) *Cramer* in *Hugonis* civilist. Mag. III. p. 146. 147.

10) *Sartius* l. l. p. 49 — 57. et inprimis *Car. Fr. Christ. Wenck* Magister Vacarius, primus jur. Romani in Anglia Professor cet. Lipf, 1820. 8. — cf. *H. E. Dirksen* civilist. Abhandl. I. p. 319 sqq.

§. 17.

De iis, quae glossatorum opera, juri Justinianeo impensa, effecta sunt. *)

Neque vero ullus in tota historia juris litteraria cernitur locus scitu tam dignus, quin etiam necessarius ad id ipsum jus Romanum, quod in usu versatur, cognoscendum, quam ille, qui est de glossatoribus. Quaecunque enim ad juris civilis studium promovendum vel instituerunt glossatores vel ipsi perfecerunt, ea in omnem posteritatem vim suam exseruisse, vere dicendum est. E quibus notabiliora quaedam jam recensebimus. I. To-

tum juris Justinianei volumen, per partes collectum, et quantum in ipsis erat restitutum atque perfectum, nomine *corporis juris civilis* insigniverunt [1]). II. Digestorum opus in tria volumina ab ipsis distinctum est, *Dig. vetus*, *infortiatum*, et *Dig. novum*. *Dig. vetus* XXIII priores libros integros et ex libro XXIV. tit. primum et secundum complectitur. *Infortiatum* incipit inde a libri XXIV. titulo tertio (qui est hujus libri ultimus) et in ultimo libri XXXVIII. titulo desinit. *Dig.* vero *novum* duodecim libros posteriores (XXXIX — L.) continet. Infortiati nova quasi pars incipit inde a verbis *tres partes* rel., quae leguntur in extrema parte *Leg. 82. Dig. ad leg. Falcid.* (XXXV, 2.), unde *infortiatum cum tribus partibus*. Cujus quidem rei hanc fuisse causam a veritate proxime abesse videtur, quod non integrae Pandectae simul, sed singulae earum partes diversis temporibus sint repertae, ac novissime quidem infortiatum, idque sine ea parte quae vocatur *tres partes*, quippe quae antea in Codd. mmsc. cum Dig. novo esset conjuncta [2]). Quidquid vero hoc sit, certe juris studiosum decet hanc non ignorare partitionem, utpote quam librarii atque editores antiquiores tantum non omnes in singulis Digestorum voluminibus distinguendis secuti sunt. III. Codicis libri novem priores ab iis seorsum describi solebant, ita ut integrum volumen explerent, sive quia tres postremi post illos jam repertos adhuc latebant, sive quia horum argumentum, utpote a forensi usu maximam partem recedens, etiam in scholis minoris pretii habebatur [3]). Atque hi quidem simul cum novellis *in volumen parvum* conjecti, eidemque institutiones quoque postea addi solitae sunt. IV. Novellae jam integrae, loco epitomes Julianeae ad id usque tempus maxime usitatae, in scholarum forique usum adhibitae sunt, quarum collectionem, ut ab ista Juliani epitome distingueretur, *librum authenticum* s. *authenticorum* appellavere [4]). Neque vero universum novellarum corpus glossatoribus cognitum erat, quamquam plures quam 97 illas, quae glossis sunt instructae, iis in manibus fuisse, non est quod du-

bitemus [5]). Nec graecis novellis ipsi usi sunt, sed vulgata versione, quam vocant, i. e. interpretatione latina ab auctore incerto *κατὰ πόδα*, satis quidem illepide neque semper accurate facta [6]). Graecus enim textus diu latebat, donec eum Haloander ex bibliothecarum pluteis in lucem protraxit [7]). Caeterum de novellarum in IX collationes divisione haec maxime sunt observanda. Primum: unamquamque collationem constare ex titulis, singulisque titulis singulas novellas contineri, nisi quod Nov. VIII. in duos titulos dispartita est. Deinde: *Haloandrum* primum singulas novellas ex temporum ordine collocasse, prorsus neglecta ea disponendi ratione, quam antiquiores secuti erant, *Contium* vero deinceps, *Cujacii* expositionem Novellarum secutum, nec non posteriores ad nostrum usque tempus editores tantum non omnes utrumque ordinem ita conjunxisse, ut istas quidem collationes retinerent, singulas tamen novellas, et glossatorum jam aevo evulgatas, et postea subinde repertas, suo quamque loco collationibus insererent [8]). His enim observatis, non amplius est, quod miremur, cur inter doctos homines de novellarum numero disputatum fuerit. V. *Authenticae* [9]), i. e. summaria quaedam novellarum constitutionum, primum ab *Irnerio* [10]) ex libro *authentico* (unde nomen ductum) excerptae atque per novem priores libros Codicis repetitae praelectionis congruis locis sparsae sunt. Quas deinde ejus sectatores ex ipso corpore Novellarum passim supplebant, emendabant, castigabant, additis praeterea authenticis Fridericianis, i. e. tum integra una Friderici I. constitutione (auth. *habita*), tum summariis quibusdam ex alia ejusdem imperatoris lege, nec non ex undecim Friderici II. constitutionibus decerptis [11]). Novissimam denique authenticarum recensionem *Accursio* debemus, qui quidem (ut credere fas est) in ipsum Codicis contextum eas intulit, cum antea, praeter authenticas Fridericianas, Codici non insertae, sed tantum adsignatae invenirentur, h. e. una cum signis locorum in ipsis glossis positae essent [12]). Insuper vero Institutionibus quoque authenticae additae

ſunt, quarum quidem memoria ſatis diu exoleta, noſtra demum aetate reſtaurari coepta eſt [13]).

*) *de Savigny* l. l. T. III. c. 22 — 25.

1) *Sartius* l. l. P. II. p. 214. col. B. *Hugo* civiliſt. Mag. IV. p. 101. 102. (cf. *Livius* III, 54. in extr.)

2) *Odofredus* in comment. ad L. 82. D. *ad leg. Falcidiam* XXXV, 2. (cf. *Eichhorn* deutſche Staats- u. Rechtsgeſch. II. §. 267. notae *d.* et *f.*) *Hugo* civ. Mag. III, 9. p. 183 ſqq. et V, 1. p. 1 — 53. cf. *v. Savigny* Geſch. des Röm. Rechts im Mittelalter. II. p. XI, 153. 255. 291. 295. *de Savigny* T. III. p. 590 — 407. — add. *Hugo* l. l. T. V. nr. 18. p. 475 ſqq. et p. V — X, XXXI — XL.

3) *Cramer* in *Hugo's* civ. Mag. III. p. 155. — *Biener* hiſt. authenticar. p. 54. 55.

4) Vid. *Odofredus* ad C. *cordi nobis*. — cf. gloſſa ad eandem conſtitution. in extr. — *Biener* hiſt. authent. p. 28. not. 19. *de Savigny* T. III. p. 455 — 466. — *Biener* Geſch. der Novellen p. 245 — 271.

5) *Cramer* Beyträge zur Geſchichte der Novellen: I. über die Zahl der gloſſirten Novellen (in *Hugo's* civiliſt. Mag. III, 2. p. 26 — 50.); II. das Mittelalter kannte mehr als 97 Novellen (in *Hugo's* civiliſt. Mag. p. 115 — 162.).

6) *Hombergkii* diatr. ſupra (not. 5. §phi 12.) laudata. — *v. Savigny* Beytrag z. Geſchichte des latein. Novellen-Textes, nebſt einigen ungedruckten Novellen (in der Zeitſchr. für geſchichtl. Rechtswiſſenſch. II, 3. p. 100 — 136.

7) Vid. *Haloandri* praefation. praemiſſ. Novellis.

8) *Cramer* erſter Beytrag, p. 55 ſqq. — *Biener* Geſch. d. Novellen p. 271 ſqq.

9) Biga libellorum, authenticas codicis rep. prael. earumque hiſtoriam illuſtrantium [continens 1) *Jo. Jac. Scherzii* D. de authenticarum auctoribus et auctoritate; 2) *Mauri Sartii* Prooem. de fatis jurisprud. Rom. in Italia ante Irnerium, et vitam Irnerii]. Edid. et praefatus eſt (de fontibus et ratione enarrandae hiſtoriae authenticarum) *C. Fr. Zepernick*. Hal. 1788. 8. — *Fr. Aug. Biener* hiſtoria authenticarum Codici R. P. et inſtitutionibus Juſtiniani inſertarum. Sect. 1, et 2. Lipſ. 1807. 4. — *Wenckii* Vacarius p. 129 — 133.

10) *Alex. Arn. Pagenſtecher*, *Irnerius* injuria vapulans. Groening. 1701. 4. — *Corn. v. Bynkershoek* diatr. de auctore auctoribusve authenticarum (Opp. omnia II. p. 49 ſqq.). *Ejusdem* contentio litteraria cum *A. A. Pagenſtechero* et praefat. Libri ſingular. ad L. 9. D. *de lege Rhodia de jactu* (ib. p. 61 — 75.). (Hiſtoriam contentionis hujus litterariae de authenticarum auctore breviter expoſuit *Spangenberg*, Einleitung etc. p. 133, 134.) — *Biener* l. l. §. 5. 6.

11) *Zepernickii* praefat. laud. p. XVI ſqq. — *Scherz* l. l. p. 37 ſqq. — *Biener* l. l. §. 14 — 19.

12) *Biener* l. l. §. 12.

13) *v. Savigny* in *Hugo's* civiliſt. Mag. III, 14. p. 282 ſqq. — *Biener* l. l. §. 22 — 25.

§. 18.

VI. [14]) Praeterea JCti Bononienſis textum juris Juſtinianei librorum quodammodo aequabilem, atque ſedula certisque ſubnixa rationibus recenſione emendatum conſtituerunt [15]); ſive e communi docentium conſilio, initisque hanc in rem peculiaribus rationibus, id factum ſit, ſive eo ſolo concentu, qui in ſtudiis hominum cum ingenio tum eruditione ſibi ſimilium ſua ſponte uſu venire ſolet; id quod magis veriſimile videtur. Nam quod legitur in ſtatutor. pop. Bonon. anni 1289 Rubrica 3: Stationarios nihil facere fraudulenter debere in lectionem civitatis, ſeu ſtudii Bononienſis, itemque: teneri ipſos exempla habere correcta et bene emendata [16]); id neque de lectionum varietate intelligendum eſſe videtur, nec ad id quidem tempus, de quo quaerimus referendum. Quid? quod vix dubitari poteſt, neque Accurſium tantam variarum lectionum farraginem accumulaturum fuiſſe, neque unquam inter gloſſatores de genuina lectione diſſenſiones oriri potuiſſe, ſi inter ipſos de textus recenſione certo conveniſſet. Quapropter exiſtimaverim, Bononienſium auctoritate textum juris civilis ad ſanae criſeos normam, nec tamen omni lectionum discrepantia ſublata, ſubinde eſſe conformatum exactumque, eamque ipſam eſſe *recenſionem* ſive *litteram Bononienſem* [17]), quam poſtea librarii in deſcribendis libris ſecuti ſint. Hoc enim perſpicuum eſt ex ipſa librorum MSS. tantum non omnium, qui quidem nunc exſtant, ratione atque indole ſingulari, quippe qui innumeris fere in locis, tum mirifice inter ſe conveniunt, tum vero etiam criticae, in expendendis adeo ſingulis legum verbis conſpicuae, prae ſe ferunt indicia ſubtilitatis, qualis ab illis temporibus, quae Scholam Bononienſem praeceſſerant, alieniſſima eſt. Accedit, quod libri vulgares, qui antea circumferebantur, tamquam inutiles e ſcholarum uſu ſenſim abierunt. Atque haec vel maxime eſt cauſa, cur, quotquot ad nos pervenerunt libri ſcripti, ex iis nullus fere, quoad ſciamus, gloſſatorum aetate antiquior ſit, praeter aliquot Codicis repetitae praelectionis, nec non

Institutionum libros MSS. [18]), itemque illud Pandectarum exemplar, cujus fama jam omnium ore celebratur, quod a Pisis, ubi per aliquot secula fuerat, anno 1406 sive 1411 Florentiam translatum, ibi etiamnum asservatur [19]). Tanti autem liber ille Pisanus Bononiae olim aestimabatur, ut eo potissimum in recensione sua constituenda uterentur glossatores, adeoque praeposterum ordinem, quo passim ibi, cum integri tituli, tum singula fragmenta, et librarii et bibliopegi culpa, inter se junguntur, describendo utplurimum sequerentur [20]). Unde non solum in omnibus libris, et scriptis et antiquitus typis excusis, harum partium perturbatio deprehenditur, verum etiam error ille manavit, qui quidem satis diu doctorum animos occupaverat, scilicet ex uno illo exemplari Florentino omnes, quot exstant, libros esse descriptos; quid? quod fuere adeo, qui idem esse Justiniani archetypum autumarent [21]). Caeterum nihil impedit, quo minus *lectionem vulgatam* appellemus eam, quae ista Bononiensium recensione recepta est, modo illud meminerimus: in Codd. vulgaribus (quos quidem Florentino s. Pisano opponimus) variantium lectionum, haud sane vulgaris notae, minime deesse exempla [22]). His igitur perpensis, non possumus, quin duplicem lectionis vulgatae significationem distinguamus, unam, per se nimirum satis claris atque distinctis notis, tamquam finibus suis, circumscriptam, qua quidem librorum, quotquot ex Bononiensi recensione dimanarunt, concentus indicatur, cui opposita est lectio singularis ejusmodi, quae vel in Florentino, vel in aliis Codicibus, si qui sunt, deprehenditur; alteram, terminis quidem paulo diffusioribus et propemodum infinitis descriptam, quae complectitur lectionem, quam plurimi certe Codices ad Bononiensem scripturam expressi, receperunt; ad contrarium lectionum singularium genus relatis iis, quae vel in qualicunque Codice, etiam e vulgatorum numero habentur, vel editori cuidam propriae sunt. VII. Plurimum etiam valuit glossatorum auctoritas (seu potius exemplum, velut ad imitandum propositum) in constituenda

informandaque ea artis noſtrae parte, quae cum in regulis praeceptisque ad diſciplinae normam exigendis, tum in jure Romano ad negotia civilia judiciorumque cauſas accommodando verſatur. Quaecunque enim in ſcholis foriſque noſtris circumferuntur, ſive formulae et vocabula, quae tamquam technica in ſcholas irrepſerunt, ſive controverſiae inter JCtos recentiores agitatae, ſive, quas vulgo animis informatas habere ſolent, de ſingulis rebus ſententiisque notiones, deque earum uſu hodierno judicia: ea, aut omnibus jam partibus abſoluta, atque perfecta, aut inchoata certe magna ex parte debentur gloſſatoribus [23]). Ac, ne forte nimiam, quod ad hanc rem attinet, a gloſſatoribus eſſe culpam contractam credamus, monendum eſt, ſaepiſſime JCtos, qui eos ſecuti ſunt, ne intellexiſſe quidem, quae ab illis ſatis apte congruenterque eſſent prolata, atque, de verbis magis ſollicitos quam de rebus ſententiisque, talia aliquando commentos eſſe, quae foedis erroribus maximisque dubitationibus artem noſtram implicarent [24]). VIII. Denique in collaudandis gloſſatorum meritis non plane eſt ſilentio praetereunda regula iſta decantata: quod non agnoſcit gloſſa, id nec agnoſcit curia [25]). Quemadmodum autem de cauſis, quaenam ſcilicet regulae iſtius introducendae fuerint, inter doctos homines disceptatur, ita ne de eo quidem, an omnino ſit vera [26]), quique ejus ambitus ſit [27]), inter omnes certo conſtat. Quidquid vero hoc ſit, illud profecto negari nequit, ex quo corporis juris editiones gloſſis inſtructae a ſcholarum judiciorumque uſu recedere coeperint, canonem illum non usquequaque eſſe obſervatum [28]). Quid? quod haud deſunt reſtitutarum legum in foro agnitarum exempla [29]).

*) *de Savigny* T. III. p. 410 — 452.

15) Qua de re inprimis vid. *Andr. Guil. Cramer* in praefat. titulis Pandectar. et Cod. ab ipſo editis (Kil. 1811. 8.) praemiſſa, p. XHI. XIV. XXXV. XLVII., atque hujus libri cenſor (*v. Savigny*) in den Heidelberger Jahrbüchern der Litteratur v. 1812. No. 37. p. 578 — 581. — *v. Savigny* in der Geſchichte des Röm. Rechts im Mittelalter. II. Bd. p. 147 — 150. — *Schrader* in praefat. titt. Dig. de condictione ob turpem cauſam, et de teſtibus, a ſe editis (Tub. 1819. 8.) praemiſſa, p. XXVI — XXVII.

16) *Sartius* l. l. P. II. p. 225.

17) *Wenckii* Vacarius p. 145 et 221. not. 109. cf. ibi not. 180. p. 250 — 254. not. 380. p. 295. not. 392. p. 297. (Gloſſa ad L. 9. §. ultima. D. *de peculio.* XV, 1.)

18) *Bineri* hiſtoria authenticar. p. 35. — *Goeſchenii* praefatio praemiſſa *Gaji* inſtitutionibus p. LXVI — LXXII. — *C. F. Roſshirt* Beiträge z. Römiſchen Rechte etc. I. Heft. (Heidelb. 1820. 8.) I.

19) *Henrici Brenkmanni* hiſtoria Pandectarum ſeu fatum exemplaris Florentini. Traj. ad Rhen. 1722. 4. — *Eckhardi* hermeneut. jur. Lib. I. c. 2. §. 69—82. ibiq. *Walch.* — *Förſter* das Florentiniſche Manuſcript der Pandecten (in der Zeitſchr. für geſchichtl. R. W. II. p. 271 — 275.).

20) *Schrader* civiliſt. Abh. I. p. 239 — 241. — *Hugo* über die Verſetzung von 82 Stellen gegen das Ende der Pandecten; im civ. Magaz. V, 10. p. 257 — 291.

21) Cf. *Brenkmann* l. l. Lib. III. c. 2. — *Eckhard* l. I. §. 72. *Schrader* l. l. p. 242 — 253. — (*v. Savigny*) in den Heidelberger Jahrbüchern v. 1812. p. 578. 579. — *Spangenberg* Einleitung etc. p. 408 — 422.

22) Cf. ſcriptores ſupra (not. 15) laudd.

23) Ex iis, quae ad gloſſatorum tempus referenda ſunt, latiſſime patent controverſiae. De quibus vidend. *Jo. Sal. Brunnquell:* Proluſ. de ſectis et controverſiis juris Juſtinianei interpretum, quos gloſſatores appellamus, in opuscul. VIII. p. 305 — 350. — *Sartius* l. l. p. 52. 33. 40. 59. 80. 95. — *Wenck* in notis ad indicem rubricarum Vacarii, oper. laud. p. 180 — 338. — *Rogerii Beneventani* de diſſenſionibus dominorum ſive de controverſiis veterum juris Romani interpretum qui gloſſatores vocantur opusculum. Edid. et animadverſ. atque acceſſionibus locupletavit *C. G. Haubold.* Lipſ. 1821. 8. — (cf. *Accurſius* in gl. ad L. 9. pr. D. *uti poſſidetis:* „alii dixerunt ut Martinus cum ſuis Goſianis —" etc.) — Vocabulorum autem, quae vocant technica, nec non dogmatum, a genuino juris Romani ſenſu recedentium, magna pars ſequiore demum aetate excogitata eſt. Alia tamen ex ejusmodi doctrinae genere antiquiora ſunt gloſſatorum ſchola; vid. v. c. *Brachylogi* Lib. II. c. 2 ſqq. — cf. *Cramer* in der Zeitſchrift für geſchichtl. Rechtswiſſenſch. p. 314 ſqq. — *v. Savigny* Geſch. des Röm. Rechts im Mittelalter. II. p. 255. 256.

24) Cf. *Thibaut* Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. II. Abhandl. 3. — *Auctoris* Lehre v. der Ceſſion der Forderungsrechte §. 17. — *Ejusd.* obſervationes jur. Rom. ſpecimen I. (Regiom. 1818. 8.) cap. I. §. 12.

25) *C. F. Glück* Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. (Erlangen 1812.) §. 64. I. p. 269 — 274. — *Spangenberg* Einleitung etc. p. 167. 168.

26) *Beck* de uſu et auctoritate Novellarum Leonis. §. 47 ſqq. (ap. *Zepernick.* p. 183 ſqq.) Contra quem disputavit *Zepernickius:* quibus ex cauſis Nov. Leon. receptae non ſint §. 22 ſeqq. (commentation. *Beckii* libro adjectar. III. p. 522 ſqq.)

27) (*Seidenſticker*) juriſtiſche Fragmente. II. Theil. (Gött. 1802. 8.) cap. 26. ſr. 234.

28) *C. C. Dabelow* Handbuch des Pandecten-Rechts in einer kritischen Revision seiner Hauptlehren. I. Theil. (Halle 1816. 8.) p. 199. 200.

29) *Ad. Dietr. Weber* Versuche über d. Civilrecht. (Schwer. 1801. 8.) p. 48.

§. 19.

Scholasticorum, quos vocant, aetas.

Jam vero Accursii aetate juris interpretes a veterum glossatorum simplicitate ac propemodum elegantia ad genus scribendi differendique prolixum, diffusum, et omnigenis fere verborum sordibus contaminatum sese converterant. Quam interpretandi rationem inprimis coluit, vir alioquin ingenii acutissimi, *Odofredus* (ob. 1265) [1]), aequalis atque aemulus Accursiorum, et glossatoris, et filii ejus *Francisci*, qui et ipse glossas nonnullas paternis commentariis addidit [2]). Post eos inclaruerunt *Vivianus Tuscus*, casuum, tantum non omnium, qui adstrui glossis soliti sunt, auctor; *Dinus Mugellanus* [3]), *Jac. de Arena*, *Cynus* [4]), *Albericus de Rosate* [5]), et, qui ceteros auctoritate longe superavit, *Bartolus de Saxoferrato* (ob. 1359). Is primus dialecticae artis ad juris interpretationem adhibendae auctor fuit, usus ceteroquin scribendi ratione brevi ac luculenta [6]). Habuit discipulum eundemque aemulum *Baldum de Ubaldis* (ob. 1389), hominem ingenii festivissimi, tantaeque apud aequales existimationis, ut in jure nihil ignorare crederetur [7]). Consecuti sunt hos *Bartholomaeus Salicetus*, *Paulus Castrensis*, denique *Jason Maynus*, qui, etsi litteris humanioribus bene instructus fuisse fertur [8]), tum etiam aetatem ad politioris studii usque tempora extulit (ob. 1519), pro scribendi tamen genere scholae Bartolinae adsignandus est.

1) *Sartius* l. l. p. 147—157.

2) *Sartius* l. l. p. 176. 184.

3) *Sartius* l. l. p. 233—239.

4) Opera omnia. Lugd. 1547. fol.

5) *Cramer* in *Hugonis* civilist. Magaz. III. p. 132—154.

6) *Guidus Panzirolus* de claris legg. interpretibus. (Lipſ. 1721. 4.) Lib. II. c. 67. atq. ibi *Catell. Cottae* recenſio p. 524. et *Alber. Gentilis* de jur. interpretib. Dialog. ſecund. p. 564 ſqq. — *Bartoli* opp. prodierunt T. I — V. Aug. Taur. 1574. fol. et ſaep.

7) *Gu. Panzirolus* l. l. Lib. II. c. 70. — *Baldi* opp. T. I — IV. Aug. Taur. 1576. fol. et ſaep. typis expreſſa ſunt.

8) *Panzirolus* l. l. p. 126.

§. 20.

Jurisprudentiae cum litterarum ſtudio conjunctio.

Tandem civilis prudentia priſtinae ſuae dignitati reſtituta eſt, ſiquidem JCti, inde a decurrente ſeculo XV. potiſſimum, ut creditur, ab *Angelo Politiano* (ob. 1494) [1]) excitati, ad bonas litteras animos appulerunt, et ſuam quoque ſcientiam ad antiquam ſapientiam conformarunt. Non defuere quidem hac quoque aetate, qui pertinaciſſime veteri rationi ita inhaererent, ut verborum notis adeo inſectarentur politioris jurisprudentiae cultores: quippe *Nominalium* appellationem, velut tenuitatis indicium illis impertientes, ipſi autem *Realium* cognomen, quo ſuam ubertatem accuratioremque juris cognitionem innuerent, prae ſe ferentes [2]). Vicit tamen ſanior pars [3]). Exorta eſt longa JCtorum ſeries, qui, etſi inter ſe non pares fuerunt, in eo tamen doctrinae genere omnes verſati ſunt, ut vel juris Juſtinianei libros ad criticam ſubtilitatem revocarent, eosdemque ex ipſorum fontibus explicarent, vel veteris juris itemque Byzantini reliquiis, tum etiam ipſius juris Juſtinianei, quae adhuc deſiderabantur, partibus, aut in lucem protrahendis, aut, quantum fieri poſſet, reſtituendis [4]), enixe operam impenderent. Ac praecipui quidem ſcholae cultioris ſectatores ſec. XVI. et XVII. fuere, ex Italis: *Andreas Alciatus* (ob. 1550) [5]), quem ſcholae elegantioris auctorem vulgo laudant; *Aemilius Ferrettus*, *Marianus Socinus junior* [6]), *Laelius Taurellus* (*Torelli*) cum *Franciſco* filio, *Scipio Gentilis* (Prof. Altorfinus, ob. 1616) [7]), *Jul. Pacius*, *Ant. Merenda*, *M. Aurel. Galvanus*, *Barth. Cheſius*, *Jan. Vincent. Gravina*, *Joſ. Averanius* (ob. 1738). Praeclare etiam de genuino juris civilis ſtudio meruerunt *Ant.*

Ant. Goveanus, oriundus ex Lufitanis, qui tamen Parifiis educatus eft (ob. 1565), *Henr. Scrimger*, Scotus, et laudatiffimus ille *Ant. Auguftinus*, Hispanus (ob. 1586) [8]), cui non multum et ingenio et doctrina inferiores fuere ipfius populares *Franc. Ramos del Manzano* et *Jof. Fernandez de Retes*. E Germanis his feculis maxime inclaruere *Ulr. Zafius* (ob. 1535) [9]), *Greg. Haloander*) (*Hoffmann*; ob. (1531), *Jo Leunclavius* (*Leunclajus*, *Loewenklau*), *Conr. Ritterskufius; Herm. Vultejus* (*Vulte*, ob 1634), *Reinh. Bachovius* (*von Echt*), *J. Jac. Wiffenbachius*, *Ant. Matthaeus II.* [10]), *Jo. Ortwin. Weftenberg* (ob. 1737) [11]), *Chriftfr. Waechtlerus*, aliique, quos quidem commemorare nunc non vacat. Plures Belgium eadem illa aetate tulit viros de liberaliori juris Romani ftudio egregie meritos, inter quos eminent *Viglius ab Aytta Zuichemus* (ob. 1577), *Gabr. Mudaeus*, *Henr. Agylaeus*, *Jac. Raevardus* (ob. 1568) [12]), *Jo. a Sande*, *Hub. Giphanius* (*van Giffen*, ob. 1604), qui et Altorfii, ubi cum Donello certavit, aliquamdiu jus civile profeffus eft; *Sibr. Siccama*, *Hugo Grotius* (ob. 1645) [13]), *Arn. Vinnius* (ob. 1657) [14]), *Sim. Leeuwius* (*van Leeuwen*), *Ulr. Huber* (ob. 1694), *Ger. Noodt* (ob. 1725 [15]), *Jac. Perizonius*, *Corn. van Eck*, *Ant. Schultingius* (ob. 1734) [16]), quem Batavorum Cujacium vocant, *Henr. Brenkmannus* (ob. 1736) [17]), denique *Corn. van Bynkershoeck* (ob. 1743), JCtorum, qui quidem ad caufas forenfes toti fe contulerunt, praeter duumviros illos *Barn. Briffonium* et *Ant. Fabrum* longe nobiliffimus [18]). Omnes autem hac aetate poft fe reliquit JCtorum familia e Gallia oriundorum. E quibus inprimis celebrandi funt: *Almaric. Bouchardus* (*Amaulry Bouchard*), *Aymar. Ranconnetus* (*de Ranconet*), *Jo. Tilius* (*Dutillet*, ob. 1570) philologus, et *Lud. Miraeus* [19]), *Jo. Corafius* [20]), *Eguinarius Baro* (ob. 1550) [21]), *Franc. Connanus* (ob. 1550) [22]), *Franc. Duarenus* (ob. 1559 [23]), *Franc. Balduinus* (*Baudouin*, ob. 1573) [24]), *Ant. Contius* (*le Conte*, ob. 1577), *Jac. Vintimillius*, *Jac. Labittus*, *Jo. Robertus* [25]), *Pardulphus Pratejus*, *Lud. Ruffardus*, *Fr. Hotomanus* (ob. 1590) [26]), *Lud. Charondas* (*Le Caron*, ob. 1617), et, qui tot reconditae doctrinae fon-

tes nobis reclusit, ut omnium omnino JCtorum recentiorum princeps merito laudetur *Jac. Cujacius* (*Cujas*, nat. 1522, ob. 1590)[27]. Cui ingenio fortasse par fuit, superior certe philosophica et inprimis logica subtilitate, minus tamen litterarum elegantia historicisque subsidiis instructus *Hugo Donellus* (*Doneau*), *Cujacii* adversarius, et post varios casus Prof. Altorfinus (nat. 1527, ob. 1591)[28]. Utrique aequalis fuit *Barn. Brissonius*, vir praesertim de juris veteris monumentis colligendis, nec non de verborum, quae ad jus civile pertinent significatione explicanda insigniter meritus (ob. 1591[29]). Post eos inclaruerunt *fratres Pithoei* (*Pithou*, *Pet.* et *Franc.*), *Pet. Faber* (*du Faur*, ob. 1600), *Ant. Faber* (*Favre*, Sabaudus, ob. 1624)[30], *Guil. Maranus* ob. 1621)[31], *Dion. Gothofredus* (ob. 1622)[32], *Pet. ab Arca Baudoza*[33], *Jan. a Costa* (*Jean de la Coste*, ob. 1637), *Edm. Merillius* (ob. 1647[34]), *Jac. Gothofredus* (*Godefroi*, Genevensis, ob. 1652), *Dionysii* filius, patri tamen multo superior, sive ingenii acumen sive eruditionis praestantiam spectes[35]), *Car. Annib. Fabrotus* (ob. 1569), *Ant. Dadin. Alteserra* (*de Hauteserre*), (*Aegid. Menagius* (*Gilles Menages*, ob. 1692).

1) *Ant. Augustini* emendation. Lib. IV. c. 14. (In *Otto* thesaur. jur. Rom. IV. p. 1546.)

2) *Alberici Gentilis* de jur. interpret. Dialog. 2. (*Guid. Panziroli* de clar. l. l. interpr. ed. Lips. laud. adj.) p. 582.

3) *Josephi Aurelii de Januario* Respublica JCtorum (ed. 2. Lips. 1753.) p. 233. 258 sqq.

4) *De legibus restitutis* vid. *Haubold* inst. jur. priv. Rom. hist. dogmat. lin. §. 247. not. 6. (p. 142.) — Add. *Spangenberg* Einleitung etc. p. 71.

5) Opp. T. I—IV. Basil. 1582. fol.

6) De vero clausulae, quam vocant Socini auctore v. *Glück* Commentar über die Pandekten Th. VII. p. 86. 87.

7) Opp. T. I—VIII. Neap. 1763—69. 4.

8) Opp. T. I—VIII. Lucc. 1765—74. — cf. *Haubold* Inst. jur. Rom. litterar. T. I. §. 42. p. 92.

9) Opp. T. I—VI. Frf. 1590. fol.

10) *Haubold* l. l. §. 52. No. CLXV. p. 129. cf. §. 40. No. CI. p. 89.

11) Opp. cur. *Jungii* T. I—III. Hannov. 1746. 47. 58. 4., quorum tomo tertio ejusd. *Westenbergii* D. Marcus l. constitutiones M. Aurelii imp. (L. B. 1736. 4.) continentur.

12) Opp. Frf. 1622. 8.

13) *Haubold* l. l. §. 52. No. CLXI. p. 126.
14) *Haubold* l. l. §. 50. No. CLVIII. p. 125.
15) Opp. T. I. II. Colon. Agr. 1752. fol.
16) Commentationes academ. Hal. 1770—1774. 8.
17) *G. C. Gebaueri* narratio de *Henr. Brenkmanno.* Goetting. 1764. 4.
18) Opp. T. I. II. Colon. Allobr. 1761. fol.
19) Cf. *Hugo* Gefch. des Röm. Rechts feit Juftin. §. 182—185.
20) Opp. Vit. 1603. fol.
21) Opp. T. I—III. Par. 1562. fol.
22) Cf. *Januarii* respubl. JCtorum. p. m. 285.
23) Opp. Frf. 1607. fol.
24) Opp. in Jurisprudentia Rom. et Att. T. I. — cf. *Haubold* l. l. §. 55. No. LVIII. p. 65.
25) *Haubold* l. l. §. 57. No. LXXI. p. 75.
26) Opp. T. I. III. cura *Jac. Lectii.* (Genev.) 1599. fol.
27) *Hugo* in civilift. Mag. III. No. XI et XXII. — Thémis, ou bibliothèque du JCte. Tom. I. Liv. IV. p. 297—328. — Opp. T. I—X. Par. 1658. fol. T. I—XI. Neap. 1722—1727. fol.
28) Opp. T. I—XII. Lucc. 1762—70. fol.
29) Opp. minora. Lugd. Bat. 1747.
30) *Januarius* l. l. p. 96. 97.
31) Opp. Traj. ad Rhen. 1741. fol.
32) *Hugo* Gefch. des Röm. Rechts feit Juftin. §. 273.
33) *Hugo* l. l. §. 248.
34) Opp. T. I. II. Neap. 1720. 4.
35) *Haubold* l. l. §. 46. No. CXXXIII. p. 107. — Opp. minora. Lugd. Bat. 1755. fol.

§. 21.

Pragmaticorum atque Methodiftarum, quos vocant, aetas.

At in Germania jam diu neglecta haecce ftudia ac paene contemta jacuerunt [1]). Nullam noftrates jurisprudentiae laudem putarunt effe, nifi vel in caufis atque in foro tota verfaretur, vel in juris materia ad artis formam adornanda occupata effet. Neque vero fola diu ftetit Germania in ifta jurium pertractandorum ratione, quippe quae deinceps etiam in Italia nec non in Gallia invaluit, ubi antea quafi fedem atque domicilium fuum politior jurisprudentia habuerat. Quid? quod vix ibi recentiffima aetas unum et alterum tulit, qui majorum laudem ad imitandum fibi proponeret, nedum eandem adfequeretur.

Contra Belgae numquam fere passi sunt, ut sibi deessent viri, qui humaniores litteras cum solidiore juris studio feliciter conjungerent, velut *Jo. van de Water*, *Balth. Branchu* [a]), *Abr. Wielingius*, quem quidem a Germanis petiere Batavi (ob. 1746), *Jac. Voorda* (ob. 1767), *Guil. Otto Reitzius* (ob. 1769) [3]), *Ger. Meermanus* (1771), quocum Hispanorum scripta, ad elegantiorem jurisprudentiam spectantia, liberaliter communicavit *Greg. Majansius*, ipse maximum Hispaniae sua aetate decus (ob. 1781); *Jo. Conr. Rückerus*, *Herm. Cannegieterus*, aliique quorum nomina in inferiore hujus libri parte sua sponte occurrent. Tantum vero abest, ut cultioris jurisprudentiae florem penitus in Germania fuisse extinctum credas, ut non solum ab initio sec. XVIII. viri et ingenio et eruditione praestantissimi subinde existerent, qui politius illud juris tractandi genus summo cum fructu excolerent, verum etiam hac nostra aetate in ipsa Germania solidior juris doctrina quasi postliminio restitui coeperit. Caeteroquin recentiore aetate, qui vel ad patriae jurisprudentiae indolem constituendam plurimum valuerunt, vel juris civilis ex ipsius fontibus explicandi rationem potissimum sequuti sunt, in primis fuerunt *Ben. Carpzov* (ob. 1666), *Dav. Mevius* (ob. 1670) [4]), *Jo. Brunnemann* (ob. 1672), *Wolfg. Ad. Lauterbach* (ob. 1678), *Ge. Ad. Struve* (ob. 1692), *Jo. Schilter* (ob. 1705), *Jo. Nicol. Hert.* (ob. 1710) [5]), *Sam. Stryk* (ob. 1710) [6]), *Bern. Henr. Reinold* ob. 1726) [7]), *Christ. Thomasius* (ob. 1728) [8]), *Nic. Hier. Gundling* (ob. 1729), *Jo. Henr. de Berger* (ob. 1732), *Christ. Gottfr. Hoffmann* (ob. 1735), *Jo. Sal. Brunnquell* (ob. 1735), *Jo. Gottl Heineccius* (*Heinecke*, ob. 1741) [9]), *Jo. Balthasar a Wernher* (ob. 1742) [10]), *Jo. Pet. de Ludwig* (ob. 1743), *Jo. Friedr. Hombergk zu Vach* (ob. 1748), *Franc. Carl Conradi* (ob. 1748) [11]), *Just. Henning Böhmer* (ob. 1749) [12]), *Chr. Heinr. Eckard* (ob. 1751), *Augustin de Leyser* (ob. 1752) [13]), *Sam. de Cocceji* (ob. 1755), *Jo. Aug. Bach* (ob. 1758) [14]), *Alb. Dieter. Trekell* (ob. 1764), *Ge. Christ. Gebauer* (ob. 1773) [15]), *Ge. Chph. Hamberger* (ob. 1773), *Jo. Dan. Ritter* (ob. 1775) [16]), *Car. Ferd. Hom-*

mel (ob. 1781), *Chr. Fr. Ge. Meister* (ob. 1782), *Jo. Aug. Hellfeld* (ob. 1782), *Jo. Lud. Conradi* (ob. 1785) [17]), *Fr. Ef. de Pufendorf* (ob. 1785) [18]), *Dan. Nettelbladt* (ob. 1791) [19]), *E. C. Westphal* (ob. 1792), *Car. Christoph Hofacker* (ob. 1793), *Jo. Lud. Ernst Püttmann* (ob. 1796), *Ge. Lud. Böhmer*, *Justi Henningii* filius (ob. 1797), *Lud. Jul. Fr. Höpfner* (ob. 1797) [20]), *Car. Fr. Walch* (ob. 1799), *G. Aug. Spangenberg* (ob. 1806), *Jo. Chph. Koch* (ob. 1808), *Gottl. Hufeland* (ob. 1817), *Jo. Ant. Lud. Seidenſticker* (ob. 1817), *Adolph Dieter. Weber* (ob. 1817), *Christ. Gottl. Haubold* (ob. 1824), quorum uterque, ut animi candore, ita et ingenii ſuavitate et ſcribendi dicendique perſpicuitate inter aequales excelluit.

1) Cf. tamen *Jo. Fr. Jugleri* D. de inſignib. Germanor. in Jurisprudent. elegantior. meritis (praemiſſa *B. H. Reinoldi* opusc. a *Juglero* edit.).

2) *Haubold* l. l. §. 67. No. CCXLIX. p. 199.

3) *Haubold* l. l. §. 68. No. CCLVIII. p. 205. — *Hugo* l. l. §. 570.

4) *Dav. Mevii* deciſiones. Saep. et noviſſ. cura *L. Jul. Fr. Höpfneri*. T. I. II. Frf. ad M. 1791—94. 4.

5) *Hertii* commentationes atque opuscula ed. *Jo. Jac. Hombergk*. Vol. I. II. Frf. ad M. 1737. 4.

6) Opp. praeſtantiora Vol. I—IV. Hal. 1746. 47. fol.

7) Opusc. Lugd. Bat. 1755. 8.

8) Scripſit: Naevorum jurisprudentiae Romanae antejuſtinianeae libr. 2. (Hal. 1695. 4.)

9) Opp. T. I—VIII. Genev. 1744—49. 4.

10) Selectae obſervationes forenſes. T. I. II. (edit. noviſſ.) Jen. 1756. fol. T. III. Jen. 1749. fol.

11) *Haubold* l. l. §. 65. No. CCXIV. p. 168. — Scripta minora ed. *Lud. Pernice*. Vol. I. Hal. 1823. 8.

12) *J. H. Böhmeri* exercitationes ad Pand. cura *Ge. Lud. Böhmeri*. T. I—VI. Hann. et Goett. 1745—64. 4.

13) *Auguſtin a Leyſer* Meditationes ad Pandectas (ſaep. et) cum *Gottl. Aug. Jenichenii* indicib. Vol. I—XI. Lipſ. et Guelph. 1741—62. 4. Vol. XII. P. I. et II. ed. *Höpfner*. Gieſſ. 1774. 1776.

14) *Haubold* l. l. §. 65. No. CCXXX. p. 185.

15) Exercitationes academicae. Vol. I. II. Erf. 1776. 77. 4.

16) *Haubold* l. l. §. 64. No. CXIX. p. 172.

17) Opusc. Vol. I. II. Brem. 1777. 78. 8.

18) Obſervationes jur. univerſi. T. I—IV. (ed. noviſſ.) Hannov. 1780—84. 4.

19) *Hugo* civiliſt. Magaz. T. II. No. I.

20) Theoret. practifcher Commentar üb. die Heineocifchen Inftitutionen. ed. et acceffionib. locupl. *Ad. Dieter. Weber.* Frf. a. M. 1818. 4. ed. VIII.

§. 22.

Notitia litteraria juris civilis generalis *).

Librorum juris civilis delectum propofituri, eos hoc quidem loco omittendos effe cenfemus, qui vel ad Pandectarum doctrinam plane non pertinent, vel peculiaribus juris materiis illuftrandis inferviunt, quippe qui finguli fuis locis commemorandi funt. Eorum igitur librorum, qui ad difciplinam noftram generatim fpectant, quatuor diftinguendae videntur claffes: prima, quae editiones corporis juris complectitur; fecunda eorum, quorum auctores ipfum juris Juftinianei textum interpretati funt; tertia, ad quam Digeftorum fyftemata referuntur; quarta denique, quae mifcellanea opera continet ejusmodi, quibus diverforum auctorum fcripta collecta funt. Age, ex unoquoque genere eos nunc recenfeamus, qui plurimi pretii, vel re ipfa funt, vel hominum opinione habentur.

*) *Martini Lipenii* bibliotheca realis juridica, poft *Fr. Gottl. Struvii* et *Gottlob Aug. Jenichenii* curas — multis acceffionibus aucta. T. I. II. Lipf. 1757. fol. Accefferunt fupplementa 1) *Fr. Aug. Schotti.* ib. 1775. f. 2) *Ren. Car. de Senckenberg.* ib. 1789. f. 3) *Lud. God. Madihn.* Vratislav. (1816 fqq.) fol. — *Burc. Gotth. Struvii* bibliotheca jur. felecta, ed. VIII. cura *Chr. Gottl. Buderi.* Jen. 1756. 8. — *E. Chr. Wefiphal* Syftemat. Anleitung zur Kenntnifs der beften Bücher in d. Rechtsgelahrtheit. ed. 3. Leipz. 1791. 8. — *Dan. Nettelbladt* initia hiftor. litter. ed. 2. Hal. 1774. 8. — *Heinr. Joh. Otto König* Lehrbuch d. allg. jurift. Lit. Zweiter Theil, (continens librorum indicem ad jurisprudentiam fpectantium.) Halle 1785. 8. — *Chrift. Gottlieb Haubold* inftitutionum juris Romani privati hiftorico-dogmaticarum lineamenta, obfervationibus maxime litterariis diftincta. Lipf. 1814. 8. Cujus quidem libri, cum novae editionis prodromus prodiiffet. (Lipf. 1821. 8.); jam ipfam curavit additamentisque auxit alteram editionem *C. E. Otto.* Lipf. 1826. 8. — *Ejusdem* Doctrinae Pandectarum lineamenta cum locis claffificis juris in primis Juftinianei et felecta litteratura maxime forenfi. Lipf. 1820. 8. et 4. (cf. not. * ad §. 24.).

§. 23.

Editionum aliquot praestantiorum index *).

Cum *vulgatae editionis* appellatio multo etiam magis ambigua sit, quam illa *lectionis vulgatae*, neque umquam sperari possit, fore, ut hac de re inter se consentiant docti, longe meliorem ii secuti nobis videntur rationem, qui in adornandis editionum corporis juris civilis indicibus istam notionem prorsus esse rejiciendam putarunt. Optime quidem, ut arbitror, huic consilio satisfecerunt, qui, sedula singulorum librorum inter se facta comparatione, tot editionum familias distinxere, quot communem velut stirpis auctorem habuisse appareret [1]). Nos vero jam non ultra progrediemur, quam ut ex ingenti editionum copia nonnullas hoc in loco indicemus, easque tales, quae cum per se sunt commendabiles, tum vero maxime tironum usibus egregie inserviunt.

I. Singularum partium editiones. A) Institutionum: *Institutiones cum glossa*, Mogunt. 1468. fol. (edit. princeps.) — *editio Cujaciana*, Par. 1585. 12. — *edit. Frid. Aug. Biener* (indicem edition. adjec.), Berol. 1812. 8. — B) Pandectarum [2]): *ad archetypum Florentinum recogn. per Lael. Taurellum, edente ejus filio Francisco*. Florent. 1553. fol. — C) Codicis (vid. edition. univ. corp. jur. indic.). — D) Novellarum [3]): *studio Henr. Scrimgeri*. 1558. fol. (v. edition. univ. Corp. jur.)

II. Universi corporis juris Justinianei editiones. 1. *Venet. ap. Rubaeos* 1476—1478. f. cum glossa. [a) Dig. vet. b) infort. c) nov. d) Cod. libri IX. e) volumen. f) Institutiones]. — 2. *Venet. ap. Andr. Papiens.* et *Andr. Calabrensem*. 1481—1490. f. cum gl. — *Nuremb. per Ant. Koberger*. 1482 — 1504. f. c. gl. — 4. *Venet. per Baptistam de Tortis*. 1484 — 1488. f. c. gl. et saepe. — 5. *Paris. sumptib. Joan. Bonhomme* aliorumq. 1508—1511. 4. c. gl. — 6. *Lugd. per Francisc. Fradin*. 1510 — 1514. f. c. gl. et saep. — 7. *Par. per Berthold. Rembolt*. 1515 — 1516. f. c. gl. et saep. — 8. *Norimb. per Gregor. Haloandrum*. 1529 — 1531. [a) Inst. 1529. 8. b) Dig. 1529. 4. c) Cod. 1530.

fol. d) Nov. 1531. fol.] et saep. — 9. *Lugd. ap. Hugon. a Porta.* 1538 — 1540. f. c. gl. et saepe. — 10. *Parif. ap. Carol. Guillard.* 1548 — 1550. 4. c. gl. — 11. *Lugd. ap. Sennetonios fratres.* 1549 — 1550. f. c. gl. — 12. auct. *L. Ruffardo.* Lugd. 1560 — 1561. f. et deinceps Antverp. 8. — 13. auct. *A. Contio Lugd.* 1571[4]). — 14. *Antverp. ap. Christopher. Plantin.* 1775. f. (V Vol.) c. gl. — 15. ex edit. *L. Charondae.* ib. 1775. f. — 16. *Genevae ftud. Jul. Pacii.* 1580. f. et 8. — 17. ftud. *Petri ab Area Baudoza Ceftii.* Lugd. 1593. 4. (Univerfi juris civilis in quatuor tomos diftributi corpus.) c. gl. — 18. *Dion. Gothofredi* editiones a) non gloffatae, quarum princeps prodiit Lugd. 1583. 4. (*Corpus juris civilis,* in IV partes diftinctum). Ex magno numero edition. Gothofredianarum hae funt infignes: *α*) cura *Sim. v. Leeuwen.* Amftel. 1663. f. *β*) Frf. 1663. 4. *γ*) Lipf. 1720. 4. *δ*) Lipf. 1740. 8. — b) gloffatae. Lugd. 1589. VI Vol. f. et faepe poft. ftud. *Jo. Fekii.* Lugd. 1627, quae quidem omnium editionum gloffatarum eft ultima. — 19. Amftel. ap. *Elzevir.* 1664. 8. ib. 1700. 8. — 20. rec. *Ge. Chriftian. Gebauer* et poft ejus obitum *Ge. Aug. Spangenberg.* Gott. 1776. 1797. T. I. II. 4. — rec. *J. L. G. Beck.* T. I. P. I. Lipf. 1825. 8.

III. Reconcinnatae editiones [5]) 1. *Rob. Jof. Pothier* Pandectae Juftinianeae in novum ordinem digeftae, cum legib. Cod. et Novellis quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant. T. I — III. Par. 1748. f. *ed.* 2. Lugd. 1782. f. — 2. *Car. Ferd. Hommelii* palingenefia librorum juris veterum five Pandectarum loca integra ad modum indicis *Labitti* et *Wielingi* oculis expofita T. I — III. Lipf. 1767. 1768. 8. — *Eufeb. Begeri* corpus juris civilis reconcinnatum. P. I. II. III. Lipf. et Frf. 1767. 1768. 4.

*) *Henr. Brenkmanni* hiftoria Pandectar. Libr. III. cap. IV. — *Eckhardi* herm. jur. §. 86. — *Thibaut* civilift. Verfuche. I, 4. (über und wider die gewöhnlichen Begriffe in Anfehung der verfchiedenen Ausgaben d. Pandecten und Novellen.) — *Schrader* Abhandlungen aus d. Civilrecht. I, 6. (über eine neue Handausgabe des Juftinianeifchen Gefetzbuchs.) — *Id.* über Berichtigung d. Textes der zum corp. jur. civilis gehörigen Rechtsbücher (in *Hugonis* civilift. Mag. IV, 14. p. 439 — 461.). — *Glück* Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. p. 309 — 331. — *Schrader* Abhandl. aus d. Civilrecht. II, 7. (Alte Drucke der

Theile des corp. juris civilis, ihrer Verwandtschaft und innerm Werthe nach betrachtet.) — *Spangenberg* Einleitung in das Röm. Justin. Rechtsbuch. p. 645—950. — *Schraderi* opus mox (not. 1.) laudand.

1) Prodromus corpus juris civilis a *Schradero*, *Clossio*, *Tafelio* edendi. Berol. 1823. 8.

2) De divisione illa, qua Pandectarum editiones in Florentinas, Noricas s. Haloandrinas et vulgatas distinguuntur, itemque altera in vulgatas, Florentinas atque mixtas, vid. *Thibaut* l. l. p. 265—279.

3) *Thibaut* l. l. p. 311—323. — *Biener* Gesch. d. Novellen p. 317—401.

4) Cf. *Cramer* in praef. ad Tit. Dig. de Verb. signif. p. L. c.

5) *Abr. Wieling* Jurisprudentia restituta sive index chronologicus in totum jur. Justinianei corpus. Amstel. 1727. 8. — *Carol. Frid. Christ. Wenck* indicum corp. jur. civil. supplementum (quo ea Cod. Justinianei loca, quibus impp. Romani antecessorum constitutiones nominatim commemorant, indicantur). Lips. 1811. 8.

§. 24.

Juris Justinianei interpretes *).

Totum corpus juris Justinianei post *Accursium* interpretatus est *Dionysius Gothofredus*. Majorem ejus partem vel prolixioribus commentariis vel notulis in primis illustrarunt 1) scholasticorum aetate: *Odofredus*, *Bartolus*, *Baldus* et *Jason Maynus*; 2) post instauratam jurisprudentiam politiorem, magnus ille *Cujacius*, qui quidem omnibus juris interpretibus palmam praeripuit; recentiore aetate *Hugo Grotius* (florum sparsio ad jus Justinianeum; cum praefat. *Geo. Christ. Gebaueri*. Hal. 1729. 8.). In iis autem libris recensendis, qui singulis juris Justinianei partibus illustrandis inserviunt, eum sequemur ordinem, qui quidem in recentioribus editionibus observari solet.

I. Institutionum interpretes: 1. *Franc. Balduinus*, Par. 1554. f. — 2. *Eguin. Baro*, Pictav. 1555. 4. — 3. *Franc. Hotomanus* (in opp. T. II. p. 1—960.). 4. *Jac. Cujacius*, Colon. Agr. 1556. et opp. T. I. — 5. *Janus a Costa* cur. *Jo. van de Water* (ed. altera), Lugd. Bat. 1744. 4.— 6. *Reinh. Bachov. Echtii*, Frf. ad M. 1643. 4. et al. — 7. *Arn. Vinnius* c. not. *Jo. Gottl. Heineccii*, Lugd. Bat. 1726. 4. et saep. — 8. *Ev. Otto* cura *Jo. Rud. Iselii*, Basil. 1760. 4. et al.

II. Commentarii in Digesta: *Odofredi* commentar. in Dig. tria. Venet. 1480. f. — 2. *Fr. Duareni* comment. in Titt. Dig. (et Cod.) in opp. p. m. 1 — 1026. — 3. *Ant. Mornacii* obſervationes a) in viginti quatuor priores libros Digeſtorum, b) in poſteriores viginti ſex libros Pandectar. T. I. et II. Par. 1721. f. et ſaep. — 4. *Ant. Fabri* rationalia in Pandectas (a Lib. I—XIX.) T. I—V. Lugd. 1659—1663. f. et al. — 5. *Jo. Brunnemanni* comment. in L libros Pandectarum. Frf. ad Viadr. 1670. f. et ſaep. — *Ger. Noodt* comment. in Libros XXVII Digeſtorum (opp. T. II.).

III. Commentarii in Codicem: 1. *Azonis* Lectura ſ. commentarius ad ſingulas leges XII libror. Cod. Par. 1577. f. et ſaep. — 2. *Odofredi* Lectura ſup. XII libr. Cod. Lugd. 1550. f. — 3. *Barth. de Saliceto* comment. in Cod. Lugdun. 1560. f. et al. — 4. *Hugon. Donelli* commentar. ad II. III. IV. VI. et VIII libr. Cod. Juſtinianei (et lib. Dig. XLV. de V. O.) Frf. 1599. f. — 5. *Hub. Giphanii* explanat. difficilior. et celebrior. legg. Cod. Juſtin. Colon. 1614. 4. — 6. *A. Mornacii* obſervatt. a) in quatuor. prior. libr. Cod. b) in poſteriores libr. Cod. (obſervation. T. III. IV.) Par. 1721. f. et al. — 7. *Jo. Jac. Wiſſenbachii* in VII libr. Cod. comment. cathedrariae. Franeq. 1701. 4. et al. — 8. *Perezii* Praelection. in XII libr. Cod. Col. Agr. 1661. 4. et ſaep. — 9. *Cypr. Regn. ab Ooſterga* comment. in omnes et ſingul. leges, quae continentur in XII Libr. Cod. Traj. ad Rhen. 1666. 4. — 10. *Jo. Brunnemanni* comment in XII libr. Cod. Juſtin. Lipſ. 1679. et ſaep.

IV. Novellas breviter at luculenter interpretatus eſt *J. Cujacius* in Novellarum expoſitione Lugd. 1579. et in opp.

*) *Carl Ferd. Hommelii* corpus juris civilis c. not. Variorum. Lipſ. 1768. 8. — *Ant. Schultingii* notae ad Dig. ſ. Pandectas. edid. atque animadverſ. adj. *Nicolaus Smallenburg*. T. I — V. Lugd. Bat. 1804—1826. — *Spangenberg* l. l. p. 266—400.

§. 25.

Systemata.

I. Secundum ordinem Pandectarum: 1. *Math. Wesembecii* paratitla in Pandectas juris civilis. Lugd. Bat. 1649. et saep. — 2. *Ulr. Huberi* praelection. juris civilis. T. II. et III. (T. I. continet praelection. ad Inst.) Access. *Christ. Thomasii* additiones (ed. IV.) Frf. et Lips. 1749. 4. — 3. *Wolfg. Adami Lauterbachii* collegium theoretico-practicum. P. I—III. Tub. 1690—1711. 4. et saep. — 4. *Jo. Voet* commentarius ad Pandectas T. I. II. Col. Allobr. 1769. f. et saep. — 5. *Jo. Schilteri* praxis juris Romani in foro Germ. T. I—III. Frf. et Lips. 1713—1733. f. — 6. *Sam. Strykii* usus modernus Pandectarum (in opp. praestantior. T. I. et II. Hal. 1746. fol.). — 7. *Justi Henn. Boehmeri* introductio in jus Digestorum. Hal. 1704. 8. et saep. — 8. *Jo. Ortw. Westenbergii* principia secundum ordinem Digestorum. Harderov. 1712. 8. et in opp. — Noviss. Berol. 1814. T. I. II. 8. — 9. *Jo. Aug. Hellfeld* jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem proposita. Jen. 1764. 8. et saep. — 10. *Christ. Fried. Glück* Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach *Hellfeld*. Vol. I—XXVII. Erlangen 1790—1826. (Voluminum I—III. nov. ed. prodiit ib. 1797—1806.) — 11. *Jul. Frid. Malblanc* princip. juris Rom. secundum ordinem Digestorum. Partes I—III. Tub. 1801 et 1802. 8.

II. Ordine naturali disposita: 1. *Franc. Connani* commentariorum juris civilis libri X. T. I. II. Par. 1553. f. noviss. Neap. 1724. f. — 2. *Hug. Donelli* commentarior. juris civilis libri XXVIII. Hanov. 1612. f. noviss. cura *J. C. Koenig*. T. I—IV. Norimb. 1801—1808. 8. continuar. *C. Bucher* T. V—VIII. ib. 1822—1826. [Cujus quidem praestantissimi libri epitomes composuerunt a) *Oswald Hilliger:* Donellus enucleatus Jen. 1617. 4. *Arn. Vinnius:* jurisprudentiae contractae, s. partitionum juris civilis libri IV. Rotterod. 1623.]. — *Nic. Vigelii* methodus universi juris civilis. Frf. 1628. f. et saep. — 4. *Herm. Vulteji* jurisprudentiae Romanae a Justiniano compositae.

lib. II. Hanov. 1652. 8. et saepius. — 5. *Georgii Adami Struvii* jurisprudentia Romano-Germanica forensis ed. XVIII. noviss. cura *Jo. Gottl. Heineccii.* Bamb. et Herbip. 1767. 8. — 6. *Carl Christph. Hofacker* principia juris civilis Romano-Germanici. T. I—III. (T. II. et III. cura *Christ. Gmelin.*) Tub. 1788—1798. 8. — 7. *Gust. Hugo* Institutionen des heutigen Römischen Rechts. Berl. 1789. 8. ed. VII. ib. 1825. 8. — 8. *Ant. Fried. Just. Thibaut* System des Pandectenrechts. T. I. II. Jen. 1803. 8. ed. VI. ib. 1823. 8. — 9. *Christ. Aug. Güntheri* principia juris Romani privati novissimi. T. I. II. Jen. 1805—1809. 8. (*Christ. Fried. Glück* Handbuch zum systematischen Studium des neuesten Römischen Privatrechts nach den Grundsätzen des —, *Günther* Th. I., welcher die Einleitung und Litteratur des Justinianeischen Rechts enthält. Et sub titulo: Einleitung in das Studium des Römischen Privatrechts. Erlangen 1812.) — 10. *Arn. Heise* Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts. ed. III. Heidelberg 1818. 8. — 11. *Gottl. Hufeland* Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden Civilrechts. T. I. II. Giess. 1808—1814. — 12. *K. F. F. Bucher* System der Pandecten. 8. Hal. 1811. 8. et Erl. 1822. — 13. *J. C. F. Meister* jus Romanum privatum idque purum. Vol. I. Züllichau 1813. 8. — 14. *Alb. Schweppe* das Römische Recht in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. Alton. 1814. 8. edit. III. 1822. 8. — *J. N. v. Wening-Ingenheim* Lehrb. d. gem. Civ. R. nach *Heise's* Grundriss. T. I—III. Münch. 1822—1825. ed. II. 1824, 1825. — *L. A. Warnkoenig* commentarii juris romani privati. T. I. Leod. 1825. — *J. A. Seuffert* Lehrb. des pract. Pandectenrechts. T. I—III. Würzb. 1825.

§. 26.

Collectiones quibus diversorum auctorum scripta miscella continentur.

1. Tractatus universi juris duce et auspice Gregorio XIII. pontifice in unum congesti. T. I—XXIII, qui

continentur XXVIII Voluminib. Venet. 1584. f. (Vulgò tractatum tractatuum vocant). — 2. *Ev. Ottonis* thesaurus juris Romani. T. I — V. (ed. II.) Traj. ad Rh. 1733 — 1735. f. — 3. Jurisprudentia Romana et Attica c. praefat. *Jo. Gottl. Heineccii*, T. I — III. Lugd. Bat. 1738 — 1741. f. — 4. *Ger. Meermani* novus thesaurus juris civilis et canonici. T. I — VII. Hag. Comit. 1751 — 1753. f. Supplementum novi thesauri juris civilis et canonici — — post patris obitum. *Joann L. B. de Meerman*. ib. 1780. f. — 5. *Dan. Fellenberg* jurisprudentia antiqua. T. I. II. Bern. 1760. 1761. 4. — *Ger. Oelrichs* thesaurus dissertationum juridicarum selectissimarum in academiis Belgicis habitarum. Vol. I. T. I — III. Vol. II. T. I — III. Lips. 1769. 1770. 4. — *Ejusd.* thesaurus novus dissertationum juridicarum etc. Vol. I. T. I. II. Vol. II. T. I. II. Vol. III. T. I. II. Brem. 1771 — 1782. 4. — 7. *Gust. Hugo* Civilistisches Magazin. T. I — V. Berol. 1791 — 1825. 8. — 8. *Carl Grolman* Magazin für die Philos. und Gesch. des Rechts. T. I — IV. Giessen 1800 — 1825. 8. (inde a T. III. sub titulo: Neues Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgegeben von *Carl v. Grolman* u. *Egid. v. Löhr.*) — 9. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeben von *F. C. v. Savigny*, *C. F. Eichhorn* u. *J. F. L. Göschen*. T. I — V. Berl. 1815 — 1825. 8. — 10. Archiv für die Civilistische Praxis, herausgegeben von *J. C. Gensler*, *J. C. A. Mittermaier* und *C. W. Schweizer*. [*de Löhr*, *Mittermaier*, *Thibaut*] T. I — IX. Heidelb. 1418 — 1826. 8. — 11. Thémis, ou bibliothèque du Jurisconsulte; par une réunion de magistrats, de professeurs et d'avocats. T. I — VI. et T. VII. Fasc. 1 — 8. à Paris 1819 — 1825. 8. (In numerum librorum, quibus varia diversorum auctorum scripta continentur, referenda etiam videntur repertoria s. promtuaria juris in usum potissimum pragmaticorum compilata, velut: 1. Promtuarium juris Bertochianum — — cura *Car. Ferd. Hommelii*. T. I. II. Lips. 1777. 8. — 2. *Jo. Ernest. Just. Mülleri* promtuarium juris novum ex legibus et optimorum JCtorum tam

veterum quam recentiorum scriptis ordine alphabetico congestum. T. I—XII. Lipſ. 1784—1790. 8.)

§. 27.

Disciplinae Pandectarum notio.

Pandectarum diſciplina in juris Romani maxime privati praeceptis, qua ad forenſem uſum ſpectant, pleniore uberioreque modo explicandis verſatur. Quemadmodum igitur fontibus Pandectae facile diſtinguuntur ab aliis juris diſciplinis, velut juris Germanici privati, tum etiam canonici, ita ab Inſtitutionum doctrina, nec non a ſcholis de jure Romano mere hiſtoricis diverſa tractandi ratione differunt. Licet enim in Pandectarum quoque doctrina interdum et pontificis decretorum, et legum imperii Romano-Germanici mentio facienda ſit, quatenus ſcilicet illis ipſis jus Romanum vel abrogatum, vel correctum, vel accuratius definitum eſt, ea tamen utique nobis ſervanda erit ratio, ut, quaecunque iſtis legibus vel primum conſtituta, vel ex jure Romano ita immutata ſunt, ut velut mixti inde juris ſpecies exiſteret, eadem minime huc importemus, ſed ſcholis de utroque illo jure ſeparatim habendis, tota relinquamus. Contra vero nonnunquam etiam in ea juris Romani capita inquiri oportebit, quorum nullus hodie cernitur uſus forenſis; ſed tamen eo usque duntaxat, quoad accuratiori hujus ipſius juris civilis, quo nunc utimur, cognitioni inſerviat.

§. 28.

Ordinis ratio.

Quod vero ad rationem ordinis et disponendarum partium doctrinae Pandectarum attinet, duo illa ſumma genera ſunt diſtinguenda. Alterum *legale*, in quo jus civile ad Pandectarum Juſtinianearum ſeriem exponitur; alterum *ſyſtematicum*, quod vocant, juris civilis libros continens ejusmodi, quorum auctores ſuam quisque legem in collocandis disponendisque rebus ſecuti ſunt. Atque

de legali quidem methodo non est quod pluribus dicamus, cum jam nemo fortasse sit, quin sua sponte intelligat, quam parum illa conveniens sit ad artem nostram via ac ratione tractandam [1]). Qui vero alteram, quam commemoravimus, rationem sequendam esse putant, de eo quidem, quibus in locis quaeque res sit collocanda, mirifice inter se discrepant [2]). Idque pro variis hominum judicandi rationibus aliter esse nequit. Sunt tamen nonnulla, quae tamquam leges unicuique observanda esse videntur, qui quidem systematibus juris concinnandis manus suas admovere velit. Primum, ut a simplicioribus proficiscamur ad composita, tum a principiis ad ea, quae consequuntur. Deinde, ut apte inter se jungantur, quae communi quadam et principiorum et rerum ratione cohaerent. Denique, si quam rerum disponendarum rationem in eo ipso, de quo quaeritur, jure civili deprehendamus, eamque talem, quae non fortuito nata, sed certis principiis, ex hujus ipsius juris indole atque natura petitis subnixa sit, ut eam rationem, quoad ejus fieri vel possit vel debeat, in adornanda hujus juris disciplina, sequamur. Quibus perpensis nos quidem hanc rationem observandam censemus, ut primo loco personas collocemus earumque differentias, nec non personarum necessitudines conjunctionesque quodammodo perpetuas, quaeque cum illis proxime conjuncta sunt jura, deinde disputemus de rebus, quatenus personarum potestati, nullo tamen personali juris vinculo interveniente, subjectae sunt; tertio denique loco de obligationibus quaeramus, quae variis ex causis iisque sua vi mutabilibus inter certas personas obtinent, ita, ut altera alteri vel ad dandum, vel ad faciendum, vel ad praestandum obstricta sit. Haec enim dispositio, ut est simplicissima, atque, quantum ego judicare possum, plane et dilucide jura, jam sua natura inter se conjunctissima, copulat atque componit [3]); ita Romanae jurisprudentiae debetur, ipsique quodammodo inhabitat. Neque vero illud nobis negotium facessit, quod acriter inter doctos etiamnum disputatur, quomodo sit intelligendum illustre illud *Gaji* praeceptum:

omne autem jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res; vel ad actiones [4]. Nam in omni jure Romano, quo noscunque demum vertamus, ultro quasi obviam sese nobis offerunt tria ista: *caput, dominium, obligatio;* ad quae tamquam ad summa jurium genera, ut singula juris praecepta fere omnia, ita formulae illae actionum principales referuntur, *praejudiciales* [5], et *in rem,* quae proprie dicuntur, et *in personam.* Haec igitur artis nostrae velut perpetua fundamenta sunt, quantumvis licet in singulis partibus ultra pristinos fines subinde prolata. Neque illa ipsa commutantur, sive obligationes ad actiones referamus, sive ad res, item sive cum singulis juribus actiones quoque ad haec ipsa tuenda comparatas conjungamus, sive eas in extremam doctrinae partem omnes rejiciamus. Atque istis quoque hoc loco satisfaciendum erit, qui opinati sunt, cum ipsis juribus hic commisceri, tum personas, quibus quidem jura omnia tribuenda sint, tum res, quae tamen nihil nisi materiam juribus subjectam conficiant. Alterum enim quod attinet, cum nulla fere sit hominum conditio, quae non per se aliquatenus valeat ad jurium vel caussam vel differentiam constituendam, non est profecto quod reprehendamus systematis nostri auctores, quod personarum differentias ejusmodi, quae hominibus quasi sunt infixae, quaeque inde pendent jura (*die absoluten Personenrechte*) conjunxerunt cum iis juribus, quae ex hominum necessitudinibus, perpetuam naturam habentibus oriuntur (*den relativen Personenrechten*). Altera vero hujus vituperationis caussa, quod nimirum ipsae res ad jurium genus referri videantur, ut per se est exilis atque jejuna, ita hanc nostram quaestionem plane non attingit. Tota enim eo redit, quod rerum et notiones et divisiones, quantumvis diversissimorum locorum communes, ibi primum proferuntur, ubi primum ad singulas juris species accommodantur. At, quid hoc omnino ad hanc disputationem, qua non de verbis, nec de meris parergis quaeritur, sed de vero et germano istius partis, quae est de rebus argumento? Tantum enim abest, ut tota haec de rebus disciplina in rerum natura et indole

ex-

explicanda consumatur, ut ejus longe maxima atque nobilissima pars in eorum jurium descriptione versetur, quibus homini res simpliciter, seu nullo interveniente personali vinculo, subjiciantur. At ne ipse quidem ego arbitrer, hanc *Gaji* disponendi rationem in omnibus esse retinendam partibus. Certe pro peculiari instituti mei fine, hanc ineundam esse viam satius puto, ***primum***, ut una cum singulis juribus actiones quoque, illorum causa comparatae, proponantur. ***Deinde***, ut jura etiam ejusmodi, quae ad patrimonii causam spectant, priori disciplinae nostrae parti, quae est de personis, immisceantur, nisi quatenus propior aliqua connectendi ratio adsit, quare ad alias systematis partes rejicienda sint. Qui enim, ut hanc velut inconstantiam evitarent, propriam juris particulam excogitarunt, quam vocant *das angewandte Personenrecht*, videant, ne in majus ipsi inciderint inconstantiae vitium. Nam non modo novo huic juris capiti, quod quidem ipsi ad secundum jurium genus retulerunt, obligationum quoque formas, nimia quadam festinatione abrepti ingerere coeperunt [6]), verum etiam hanc similitudinem, quam Institutionum imitatione assequi voluerunt, minime persequuti sunt, quid? quod tota ratione inde aberrasse videntur [7]). Possem equidem *Ulpianum* rationis nostrae afferre quodammodo auctorem [8]); at hoc quidem in loco monuisse sufficiat, neminem unquam exstiturum esse, qui orationis obscuritatem ex ista conjunctionis ratione oriundam queratur, modo ut mediocriter Institutionum doctrina sit imbutus. ***Tertium*** denique, quod de consilii nostri ratione adhuc videtur esse praecipiendum, ad partis generalis compositionem pertinet. Quam quidem in duos libros distinximus, quorum uno de juris fontibus (s. de jure objectivo) quaeritur, altero vero de juribus ipsis (s. de jure subjectivo) cum universe disputatur, tum intermixtis specialibus aliquibus praeceptis, iisque vel extrinsecus adsumtis, vel ex ipso jure privato uberiori hujus juris cognitioni praemissis. Jam vero non est quod dubitemus, quin ea quidem praecepta ad partem generalem referenda sint, quae ex aliis artis nostrae

difciplinis, velut ex prudentia rei judicialis, Pandectarum doctrinae tamquam in auxilium adhiberi folita funt. Quod autem reliqua attinet praecepta, quae ut generalia praedifci jubent fyftematum artifices tantum non omnes, eorum tria effe diftinguenda genera cenfemus. Unum, quod ad jurium velut inftrumenta referendum eft, qualia funt tum res, tum etiam facta, ejusmodi quidem, quae non uni loco adfignari poffunt. Alterum, quod ad generaliorem jurium defcriptionem, tum ad eum locum pertinet, qui eft de jurium conflictu. Atque utriusque hujus generis praecepta nihil habent dubitationis, quin in generalium numero cenfenda fint. Eft vero tertium aliquod praeceptorum genus, fua quidem natura ad fingulos juris locos fpectantium, quorum tamen accuratiore quadam notitia, quam quae in Inftitutionum fcholis quaeri folet, inftructus fit neceffe eft is, qui ad fubtilius juris civilis ftudium accedere volet. Quod genus eft doctrina de damnis refarciendis, quam fimiliter, utilitatis et quodammodo neceffitatis ratione id poftulante, parti generali inferi oportebit. Quae vero exinde orta eft moleftia et velut inconftantia, eam praeter neceffitatem, fi quid video, auxerunt illi, qui etiam de perfonarum differentiis in parte praecurforia disputandum effe putarunt. Illufit fortaffe ipfis fimilitudo quaedam atque fpecies illa logicae veritatis, quam perfonarum ifta, cum rebus atque factis conjunctio prae fe ferre videtur, a quibus tamen, quantopere reapfe diftent, fua fponte ex fuperioribus intelligi poteft.

1) Cf. *H. Donelli* commentarii jur. civil. Lib. I. c. 1. §. 2 fqq. — *Hugo* civ. Magaz. II. p. 19 et p. 94. (ed. 1.)

2) *H. Blondeau* des méthodes de claffification qui ont été fuivies ou propofées à diverfes époques, pour faciliter l'étude du droit privé, et notamment de cettes qui font adoptées aujourd'hui dans la plupart des univerfités d'Allemagne (Thémis T. III. Livr. 15. p. 246—277.)

3) Aliter quidem res vifa eft *Blondello*, tum etiam JCtis, quos ille praedicat „doués d'un esprit plus indépendant que nos modernes docteurs"; quippe qui ita judicat: „Rien n'eft cependant plus facile, que d'apercevoir la vice, je n'ôfe dire l'abfurdité de cette diftinction" (l. l. p. 248.).

4) *Thibaut* Verſuche II, 1. — *Hugo* civ. Mag. IV, 1 et 9. V, 15 et p. XXVIII — XXXI. — *Albr. Schweppe* juriſt. Magaz. I. (Altona 1818.) p. 6 — 15.

5) Quarum quidem uſus licet latius etiam patuerit, tamen creberrimus fuit in juribus ex ſtatu oriundis, ut harum fere propriae recte dici poſſint praejudiciales actiones. — Vid. §. 13 J. *de actionib.*

6) Cf. *Mackeldey* Lehrb. des heut. röm. Rechts. §. 385 — 408.

7) Id quod cum ex titulorum VIII. et IX. Libr. II. Inſtitution. inſcriptione, tum vero maxime ex eorum argumento apparet; vid. inprimis §. 1. J. *quibus alienare licet vel non.* pr. et §. 5. J. *per quas perſonas nobis acquiritur*, cf. *Gaji* Inſtit. II. §. 86 — 96.

8) *Ulpian.* Fragm. Tit. 6 ſqq.

PARS GENERALIS,

PARS GENERALIS.

LIBER I.

DE JURIS FONTIBUS SEU DE JURE OBJECTIVO.

CAPUT I.

DE JURE UNIVERSIM EJUSQUE ORIGINE.

§. 29.

Legis notio.

Legis vocabuli, qua ad prudentiam civilem ſpectat, ſignificatio varia eſt [1]). Et primum quidem lex dicitur omnis juſti injuſtique regula [2]). Deinde juris norma, eorum voluntate, penes quos eſt legum condendarum poteſtas, publice conſtituta atque ſancita [3]), contrario quidem nomine juris non ſcripti oppoſitó. Tum lex eſt (quae quidem notio Romanorum eſt propria) „quod populus Romanus ſenatorio magiſtratu interrogante, velut conſule, conſtituebat" [4]). Denique cum proprie lex nihil aliud ſit, niſi verborum quaedam conceptio; legis nomine inſigniuntur et ipſarum legum rogandarum et aliae verborum formulae, quae rebus negotiisque modum atque conditiones praeſcribunt, velut lex mancipii, contractus, venalium vendendorum, aedium, et quae eorum ſunt ſimilia [5]).

1) *Briſſonius* de verb. ſign. v. lex.

2) Ita fere definit *Seneca* de benefic. IV, 12. — *Papinianus* vero non tam definitionem exhibet legis, quam ejus et vim et virtutes deſcribit, „Lex eſt", inquiens, „commune praeceptum, virorum prudentium conſultum, delictorum quae ſponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis reipublicae ſponſio." L. 1. D. *de legib.* I, 3.

3) *Cic.* de legib. I, 6. „— quae ſcripto ſancit quod vult; aut jubendo, aut vetando —".

4) §. 4. J. *de J. N. G. et C.* — *Gaji* Inſt. I. §. 3. „Lex eſt, quod populus jubet atque conſtituit." Cf. ſupra §. 3. not. 2.

5) Cf. *Cic.* de or. I, 39. 58. — L. 32. D. *de ſervit. praed. urb.* VIII, 2. L. 60. 72. §. 1. D. *de contrah. emt.* XVIII, 1. L. 1. D. *de commiſſoria.* XVIII, 3. L. 25. §. 3. D. *loc. cond.* XIX, 2. L. 8. in f. D. *de praeſcript. verb.* XIX, 5. etc. — Cf. *Erneſti* index legum praemiſſ. clav. Cic. p. 1. — *Briſſon.* l. l. §. 11. 12.

§. 30.

Juris objectivi diviſio, A) ex ſumma ejus cognoſcendi ratione petita.

Omne jus, ſi quidem ſummos ipſius fontes ſpectamus, bifariam distribui ſolet. Aut enim natura eſt jus, aut poſitione. Natura eſt quod a naturali ratione profectum omnium hominum commune eſt. Poſitione jus eſt quod quisque populus ipſe ſibi conſtituit, idque etiam jus civile appellatur [1]). Atque hujus quidem civilis juris, quatenus opponitur naturali, duplex cernitur officium. Etenim vel in ea juris parte conſtituenda verſatur, quae cum ad vitae civilis uſum perneceſſaria ſit, natura tamen non eſt definita [2]), vel in juris naturalis praeceptis (poſtulante id quidem vel neceſſitatis, vel certe utilitatis ratione) aut tollendis aut anguſtioribus terminis circumſcribendis [3]). Ipſum autem juris civilis nomen varie accipitur. Latius enim ſumto vocabulo omne denotat jus in civitate aliqua omnino obtinens, quaſi commixto utroque jure et naturali et civitatis proprio [4]). At ſaepiſſime jus civile certis juris Romani et partibus et fontibus opponitur, ut juri publico [5]) tum etiam criminali [6]); ut communi omnium hominum juri [7]), ut praetorio [8]), quod quidem maximam partem ex naturali jure profectum eſt. Quoniam autem juri Romanorum proprio excolendo tuendoque inprimis operam dabant JCti, non eſt cur miremur, ei jurium generi, quod ſine ſcripto ſola prudentium auctoritate conſtitutum eſt, illam juris civilis appellationem prae ceteris tribui [9]).

1) L. 9. D. *de J. et J.* §. 1. 2. J. *eod.* Cf. *Cic.* de invent. II, 22. („Ac naturae quidem jus est, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis afferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem.")

2) Velut ea, quae ad formam litium instituendarum pertinet, tum ad jurium negotiorumque solennitates, et quae sunt generis ejusdem. Cf. *G. Noodt* ad Tit. de J. et J. (opp. II, p. 6. A.) *A. Schultingii* enarratio partis primae Digestorum I, 1. §. 16.

3) Cf. *A. Schulting*, l. l. §. 15. 17.

4) *Cic.* Top. 2. „Jus civile est *aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt.*" — §. 2. J. *de J. et J.* „Jus, quo populus Romanus utitur, jus civile Romanorum appellamus." L. 6. D. *de J. et J.* „Jus civile est, quod neque in totum a naturali, vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile, efficimus."

5) *Ernesti* cl. Cic. v. civilis.

6) Velut in Rubr. Cod. *quando civilis actio criminali praejudicet.* IX, 31. — *Brisson.* de V. S. v. civilis. §. 2.

7) *Cic.* de legib. I, 5. in f. L. 1. pr. D. *de adquir. rer. dominio.* XLI, 1. §. 3. J. *de patria pot.* I, 9. „Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum. Nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus." Cf. loca not. 1) laudd.

8) L. 7. D. *de J. et J.* „Jus autem civile est, quod ex legibus, plebisscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Jus Praetorium est, quod Praetores introduxerunt" etc. Cf. §. 1. J. *de obligationib.* — *Brisson.* v. civilis. §. 1. 10. 11. 12.

9) L. 2. §. 5. 12. D. *de origine juris.* (cf. huj. libri p. 14. — *Hugo's* Rechtsgeschichte. p. 363—366. ed. IX.) Hinc formula loquendi: *jure civili* receptum est, velut in L. 24. D. *de condit. et demonstrat.* XXXV, 1. Cf. *Hugo* l. l. p. 386 sq. not. 5.

§. 31.

Juris civilis Romanorum indoles.

Jus autem civile, quod quaerimus, in jure maxime privato continetur, quo quidem usi sunt Romani. Idque hujus ipsius juris auctores ex triplici fonte repetendum esse censuerunt. „Collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus. Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. — Hinc descendit maris atque foeminae conjunctio, quam nos matrimonium ap-

pellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri" [1]) — Quaecunque igitur a natura omni animantium generi insita sunt, velut ut se suosque et alant [2]) et tueantur [3]), ea Romani etiam ad jura officiaque hominum pertinere arbitrati sunt, eatenus quidem quoad per rationem liceret. Quid? quod idem jus putarunt quodammodo esse commune omnium animantium [4]). Jus autem gentium est, quod et naturali ratione praecipiente [unde etiam jus naturale dicitur [5])], et usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae sibi constituerunt, quodque apud omnes populos, qui quidem moribus et legibus reguntur, peraeque custoditur [6]). De duobus autem reliquis latissime patet hoc gentium jus, cujus quippe duplex est ratio. Una convenientiae institutorum ejusmodi, quae apud omnes populos aut certe plerosque inveniuntur, quaeque communi quadam aut necessitatis aut utilitatis causa contineri Romanis visa sunt [7]). Altera est et aequitatis et honestatis [8]). Cujus utriusque praeceptis ita imbutum fuit jus civile Romanorum et propemodum impletum, ut, solemni quadam loquendi formula, incivile appellaretur, quod cum illis non conveniret [9]). Quocirca boni quidem civis officia tribus hisce praeceptis contineri JCti praedicarunt: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere [10]). Quibus consentanea sunt singula juris decreta, quae omnia, quaecunque aguntur, ad honestatis aequitatisque rationem conformari jubent [11]), velut ea, quae officia pietatis esse servanda imperant [12]), turpia autem, etiamsi sint licita, non admittunt [13]), tum etiam vetant illa quae bonae fidei atque aequitati sunt contraria [14]). Neque vero eo usque in hisce tuendis aequi bonique officiis progressi sunt Romani, ut utilitatis securitatisque publicae rationem negligerent, quae in jure civili quam maxime est servanda [15]). Quid? quod in praecipuis juris Romani virtutibus merito habentur haec: Primum, summa juris a majoribus constituti observantia, utpote

a qua numquam juris nostri auctores praeter necessitatem recesserunt, neque aliter, nisi illius aliquo relicto vestigio et quasi memoria. Deinde constantia illa ac stabilitas quaedam, qua usi sunt in eo jure, quod positione nititur, accommodate ad ejus naturam vel excolendo vel ad singulas quaestiones applicando. Denique, certa ratio et via in constituendis actionum atque litium formis conspicua, quae nimirum, quantam pariat juribus ipsis securitatem, nemo est quin sciat.

1) L. 1. §. 3. D. *de J. et J.*

2) *Cic.* offic. I, 4. „Commune autem animantium omnium est conjunctionis appetitus, procreandi causa, et cura quaedam eorum, quae procreata sunt." — *Id.* de finib. III, 19. „Neque vero haec inter se congruere possint, ut natura et procreari vellet, et diligi procreatos non curaret. Atque etiam in bestiis vis naturae inspici potest, quarum in foetu et in educatione laborem cum cernimus, naturae ipsius vocem videmur audire." L. un. §. 5. C. *de rei uxor. act.* V, 13. „— cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur." Cf. L. 8. §. 5. C. *de bonis quae liberis*. VI, 61.

3) L. 1. § 27. D. *de vi et vi armata.* XLIII, 16. „Vim vi repellere licere Cassius scribit, idque jus natura comparatur." — L. 3 D. *de J. et J.* — Cf. *L. Charondae* Verosimilium Lib. I. cap. 1. (in *Ottonis* thesauro I. p. 883.) — *Vinnius* in Comment. ad pr. Inst. de J. N. G. et C. No. 3. — *G Noodt* Probabil. I, 5. — *Corn. v. Bynkershoek* observatt. V, 2. — *C. Bucheri* Domitii Ulpiani quae in primum Digestorum librum migrarunt fragmenta (Erl. 1819. 8.) p. 5. not. 14.

4) a) L. 1. §. 4. D. *si quadrupes pauper. fecisse dicatur.* IX, 1. Cf. *S. Zimmern* das System der Röm. Noxalklagen. p. 85. — b) L. 14. §. 1. D. *de ritu nuptiarum.* XXIII, 2. „Serviles quoque cognationes in hoc jure observandae sunt." Cf. *Cujacius* ad h. l. in comment. ad L. 34. *Pauli* ad edict. (*L. Ann. Seneca* in Hippolyto Act. III, 913. 914. „Ferae quoque ipsae Veneris evitant nefas, generisque leges inscius servat pudor.") L. 11. §. 1. D. *ad leg. Jul. de adulter.* XLVIII, 5. L. 32. D. *de reg. jur.* „Quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur, non tamen et jure naturali; quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt." L. 12. §. 3. 4. D. *de accusat.* XLVIII, 2. „— sed cum natura est communis, similiter et in eos animadvertetur." Cf. §. 2. J. *de stipulat. servor.* L. 38. §. 6. D. *de V. O.* XLV, 1. *Cic. de rep.* III, 11.

5) §. 1. et 11. J. *de rer. divis.* et al.

6) §. 1. 2. J. *de J. N. G. et C.* — L. 1. §. 4. D. *de J. et J.*

7) L. 5. D. *de J. et J.* „Ex hoc jure gentium introducta bella, discretae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutae:

exceptis quibusdam, quae jure civili introductae ſunt." — L. 4. *eod.* „Manumiſſiones quoque juris gentium ſunt."

8) *C. Th. Welcker* die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe. p. 450 — 534. — Cf. infr. §. 43.

9) *Briſſon.* v. incivilis, inciviliter. *Id.* v. civilis. §. 4.

10) L. 1. §. 1. D. *de J. et J.*

11) L. 15. D. *de condit. inſtit.* XXVIII, 7. „Nam quae facta laedunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos poſſe credendum eſt." — L. 90. D. *de reg. jur.*

12) L. 2. D. *de J. et J.* „Velut erga Deum religio: ut parentibus et patriae pareamus." a) L. 19. D. *de ritu nuptiar.* XXIII, 2. L. fin. C *de dot. promiſſ.* V, 11. L. 5. pr. §. 1. 2. D. *de agnoſc. et alend. lib.* XXV, 3. b) L. 32. §. 2. D. *de cond. indeb.* XII, 6. L. 26. §. 12. D. *eodem.* c) §. 2. in fin. J. *de donationibus.* L. 10. Cod. *de revocandis donationibus.* VIII, 56. T. T. D. *de obſeq. parent. et patr. praeſt.* XXXVII, 15.

13) L. 144. D. *de reg. jur.* „Non omne quod licet honeſtum eſt." a) §. 7. J. *de mandato.* L. 7. §. 3. D. *de mandato.* XVII, 1. L. 1. §. 2. L. 2. pr. D. *de condict. ob turp. cauſ.* XII, 5. L. 5. C. *eod.* IV, 7. — b) L. 8. pr. L. 14. 15. D. *de condit. et inſtitut.* L. 20. 22. D. *de condit. et demonſtrat.* XXXV, 1. L. 5. C. *de inſtit. et ſubſtit.* VI, 25. et al. — c) L. 61. D. *de V. O.* XLV, 1. L. 4. C. *de inutilib. ſtipul.* VIII, 39.

14) a) *Cic.* offic. III, 17. „Q. Scaevola fidei bonae nomen exiſtimabat manare latiſſime, idque verſari in tutelis, ſocietatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae ſocietas continetur: in his magni eſſe judicis ſtatuere, quid quemque cuique praeſtare oporteret." L. 3. §. 2. D. *pro ſocio.* XVII, 2. L. 31. §. 1. D. *depoſiti.* XVI, 3. — b) *Cic.* offic. I, 16. „Una ex re ſatis praecipitur, ut quidquid ſine detrimento poſſit commodari, id tribuatur vel ignoto. Ex quo ſunt illa communia: non prohibere aquam profluentem, pati ab igne ignem capere" — etc. L. 2. §. 5. D. *de aqua et aq. pluv. arc. act.* XXXIX. 3. „— quod factum mihi quidem prodeſſe poteſt, ipſi vero nihil nociturum eſt; *haec aequitas ſuggerit, etſi jure deficiamus.*" — c) L. 38. D. *de rei vind.* VI, 1. — „neque malitiis indulgendum eſt" —.

15) Exemplum vide in L. 31. pr. D. *depoſ.* XVI, 3. „Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem ſummam deſiderat. Sed eam utrum aeſtimamus ad merum jus gentium, an vero cum praeceptis civilibus, et praetoriis? velut reus capitalis judicii depoſuit apud te centum: is deportatus eſt, bona ejus publicata ſunt: utrumne ipſi haec reddenda, an in publicum deferenda ſint? Si tantum naturale et gentium jus intuemur, ei, qui dedit, reſtituenda ſunt, ſi civile jus, et legum ordinem, magis in publicum deferenda ſunt. Nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia ſit, etiam egeſtate laborare debet." Cf. L. 1. D. *de uſurp. et uſuc.* XLI, 3.

§. 32.

B) *Juris objectivi altera divisio, e jurium constituendorum forma et ratione petita.*

Forma atque ratione quomodo jus civile constituatur spectata, itidem in duo genera jus dividitur. Aut enim ex scripto nascitur, aut ex non scripto [1]). Scriptum jus est, quod ex mera constituentium voluntate proficiscitur. Juris autem non scripti nomen latissime patet, quippe ad omnes justi regulas referendum, quae, licet neque praescriptae sint neque cautae, tamen nos teneant. Quo genere cum alia multa, tum vero maxime ea juris praecepta continentur, quae consuetudine vel orta vel certe confirmata sunt.

1) L. 6. §. 1. D. *de J. et J.* — §. 3. 10. J. *de J. N. G. et C.*

§. 33.

Juris scripti genera summa.

Sunt autem juris scripti duo prima genera. Unum (quod quidem proprie ita dicitur) juris praecepta complectens, quae publica legislatoris sanctione constituta sunt. Alterum ad eas jurium normas pertinens, quae privatorum voluntate, legibus quidem consentientibus, statuuntur. Illud etiam *juris publici* nomine appellatur, tum praesertim quando ab iis jurium causis sejungitur, quae in peculiari quadam vel personarum vel rerum conditione positae sunt [1]). Quod vero ad ipsam, de qua quaerimus, attinet differentiam, duplex est istius juris publici notanda significatio. Etenim vel simpliciter opponitur privatorum arbitrio [2]), vel ad legem publicam refertur quam ad immutandam prorsus nihil valet privatorum auctoritas [3]).

1) L. 7. §. 6. D. *de donat. inter vir. et uxor.* XXIV, 1. L. 8. D. *de tutelis.* XXVI, 1. „Patronus quoque tutor liberti sui fidem exhibere debet: et si qua in fraudem debitorum, quamvis pupilli liberti gesta sunt, revocari *jus publicum* permittit." L. 56. §. 1. D. *de excusationib.* XXVII, 1. L. 18. §. 1. D. *de damno infecto.* XXXIX, 2. „Quod opere facto consecutus sit dominii

gnitionib. prolatarum ex libris sex, libro 1, 2.) Cf. *Cujacii* observ. II, 26.

6) *Theophilus* ad §. 6. J. *de J. N G. et civili.* (Nro. 44. 45. edit. *Reitz.*)

7) L. 8. 9. D. *de offic. praesid.* I, 18.

8) *Theophilus* ad. §. 6. J. *de J. N. G. et C.* (Nro. 42 — 43.)

9) C. Haec quae necessario *de novo Codice faciendo.* §. 2. — — „sicut et illas vim generalis constitutionis obtinere palam est quae ad certas personas rescriptae, *vel per pragmaticam Sanctionem ab initio datae*" — —. L. 7. pr. C. *de diversis rescript.* I, 23. „Universa rescripta, sive in personam precantium, sive ad quemlibet judicem manaverint, quae vel adnotatio vel pragmatica Sanctio nominentur" —. Cf. L. 10. C. *de Sacrosanctis ecclesiis.* I, 2. L. 12. C. *de vectigalib. et commissis.* IV, 61. L. 2. C. *de petitionib. bon. sublat.* X, 12. — Neque vero rescripta haecce pragmatica ad solas corporum collegiorumque caussas restricta fuerunt, quod quidem vulgo credunt, verum singulis quoque hominibus, velut magistratibus nonnumquam impertita sunt, ut manifesto evincunt haec verba (C. summa de Just. Cod. confirm. §. 4.): „Si quae vero pragmaticae sanctiones — civitatibus forte, vel corporibus, vel scholis, vel scriniis, vel officiis, *vel alicui personae impertitae sunt.*" —

10) Certe noluit Zeno, pragmaticas sanctiones „ad singulorum preces super privatis negotiis proferri." L. 7. §. 1. C. *de divers. rescr.* Unde recte colligitur, ad privatos quidem homines nonnisi simplici adnotatione rescribi solitum fuisse; si illud etiam assumserimus, quod nec epistolarum forma in ejusmodi rescriptis adhibita est. Contra e locis supra allatis adducimur, ut cum plerisque existimemus, solemnem in caussis universitatum rescribendi illam fuisse pragmaticam formam.

§. 35.

Speciatim de rescriptis.

Atque non modo decretis, verum etiam rescriptis imperatores de caussis litibusque privatorum judicarunt. Idque duplici potissimum fiebat modo. Nam vel ad judicum relationes [1]) lites decidebant, vel partibus ipsis quaerentibus, inaudita altera parte, jus suggerebant. Mos enim subinde usu invaluerat, ut in omnibus quaecunque a magistratibus penes quos erat jurisdictio peragenda essent, ipsi plerumque imperatores adirentur. Qui quidem aut dabant aut denegabant actiones exceptionesve, itemque de jure pronuntiabant quod caussis ad se allatis conveniret, tum etiam ad magistratus judicesve, principalium rescriptorum velut administros

at-

atque exſecutores [2]), ſupplicantes remittebant [3]). Quid? quod convelli non paſſi ſunt ejusmodi reſcripta, quae litium dirimendarum cauſa propoſituri eſſent [4]). Variis quidem modis ipſi imperatores nimiam reſcribendi licentiam cohibuerunt, velut hisce praeceptis: ut auctoritate carerent reſcripta juri contraria, ut lite pendente nulli liceret imperatori ſupplicare, et quae ſunt generis ejusdem [5]). Verumtamen improbanda utique erunt iſtiusmodi reſcripta, quae quantopere perturbent atque miſceant judiciorum ipſiusque juris ordinem ac rationem, nemo eſt quin intelligat. Atque illud inprimis nobis laetandum eſt, quod omnino a noſtris moribus abhorret iſta imperatorum Romanorum ratio, reſcriptis ordinandi lites atque definiendi. Unde ſua ſponte apparet, nullum eſſe eorum, quae quidem proxime ad hanc reſcribendi rationem pertinent, apud nos uſum atque auctoritatem. At hodieque tum de jure dubio reſcribi ſolet, tum etiam reſcripta emittuntur ejusmodi, quae ad privatorum cauſas controverſas ſpectant, velut informatoria, promotorialia, avocatoria, quae vocant. Hinc inter reſcripta *juſtitiae* et *gratiae* diſtinguitur [6]). Cujusmodi autem ſint reſcripta, ut valeant neceſſe eſt: 1) Princeps, vel ejus mandatu magiſter libellorum iis ſubſcribat [7]), tum etiam dies atque conſul adjiciatur [8]). 2) Ut ne ſint utilitati publicae contraria, vel contra jus elicita, „niſi forte ſit aliquid, quod non laedat alium, et proſit petenti, vel crimen ſupplicantibus indulgeat" [9]). 3) Ut preces veritate nitantur [10]). Contra reſcriptum per ſubreptionem elicitum *praeſcriptio mendaciorum* (vocant vulgo exceptionem ſub - et obreptionis) comparata eſt cuilibet, cujus intereſt non eſſe impetratum reſcriptum [11]); quam quidem is probet neceſſe eſt, qui oppugnantis partes ſuſtinet, ſive agendo, ſive excipiendo jus ſuum tueatur, modo ne legitima reſcriptorum forma deſideretur [12]). Caeteroquin ea quidem reſcripta, quae, ut effectum capiant, judicis cognitione auxiliove indigent, ex eo demum tempore vim obtinebunt, quo judex partes ſuas rite impertire coepe-

rit [13]); reliqua vero omnia a legitimae ſcriptionis die valere incipiunt [14]).

1) L. 6. §. 2. D. *de offic. Proconſ.* I, 16. L. 1. §. 1. 2. D. *de appellat.* XLIX, 1. L. 3. D. *quando appellandum ſit.* XLIX, 4. — Cod Theod. *de relationibus* XI, 29. Cod. Juſt. *de relationibus.* VII, 61. Nov. 82. c. 13. 14. Nov. 125. (Dat. Id. Octobr. 541.) Nov. 113. (Dat. 10. Kal. Decbr. ejusd. anni.) c. 1. pr. in f. (*Vulg.:* „Si vero aliqua dubitatio judici de aliqua fiat lege, nuntiet ad noſtram poteſtatem et a nobis expectet cauſae ſcriptam declarationem aut interpretationem, et ſecundum eam decidat litem.") — *A. Schulting* D. pro reſcriptis §. 4. — Cf. *Briſſonius* de formulis. III, 43 — 44.

2) L. 5. C. *Th. de diverſ. reſcr.* „Multabuntur judices, qui reſcripta contemſerint, aut distulerint."

3) Ejusmodi reſcriptorum exempla ubivis occurrunt in Codice Juſtinianeo. Vid. etiam L. 1. §. 3. D. *de appellat.* XLIX, 1. L. 1. C. *quando libellus principi datus litis conteſtationem faciat.* I, 20. L. 4. C. *Th. de diverſ. reſcript.* I, 2. „Etſi non cognitio, ſed executio mandatur, de veritate precum inquiri oportet, ut, ſi fraus intervenerit, de omni negotio cognoſcatur." Ad quem locum v. *J. Gothofredus* ad h. l. Cf. L. 4. C. *Juſt. ſi contra jus* etc. — Cf. *Briſſonius* de formulis. III, 25. 27. 28. 39. 41., et *Auctoris* Lehre v. d. Ceſſion d. Forderungsrechte. p. 161 ſqq. (ed. 2.).

4) L. 3. *Th.* C. *de diverſ. reſcript.* „Quoties reſcripto noſtro praejudicium, vel moratoria praeſcriptio remittitur, aditus ſupplicanti pandatur" (i. e. adverſarius ut id reſcriptum convellatur petere poteſt): „quod autem totius negotii cognitionem tollit, et vires principalis negotii exhaurit, ſine gravi partis alterius dispendio convelli non poteſt. Nec praeſcriptionis igitur peremtoriae relaxatio petatur, nec contra edictum ſupplicetur." (L. 2. C. *J. de precibus imperatori offerendis.* I, 19.) Cf. inprimis *J. Gothofredum* ad h. C. Th. l.

5) L. 3. 7. C. *de precib. imp. offer.* I, 19. L. 5. 6. Cod. *ſi contra jus, vel utilitatem publicam, vel per mendacium, fuerit aliquid poſtulatum, vel impetratum,* I, 22. T. T. C. *ut lite pendente, vel poſt provocationem aut definitivam ſententiam nulli liceat imperatori ſupplicare.* I, 21. (L. 2. h. t. „Supplicare, cauſa pendente non licet, niſi vel actorum communium vel pronuntiationis editio denegetur. Qui autem terminatam reſcripto vel conſultatione quaeſtionem, exquiſito ſuffragio refricare conabitur, in omnem litis aeſtimationem adverſario ſuo protinus condemnetur: omni venia deneganda, ſi quis contra haec ſupplicare tentaverit.") Cf. L. 6. C. *Th. de appellat.* XI, 30. Nov. 113.

6) De qua quidem differentia non una eſt doctorum ſententia. Cf. *Hofacker* principia juris civ. Rom. Germ. I. §. 112. — *Glück* Comment. ad *Hellfeldii* jurisprudent. forenſ. I. p. 531. (ed. 2.) — *A. D. Weber* in opere poſthumo: Erläut. d. Pand. nach *Hellfeld.* I. (Leipz. 1820. 8.) ad §. 96. p. 42.

7) L. 6. C. *de diverſ. reſcr.* „Sacri affatus, quoscunque noſtrae manſuetudinis in quacunque parte paginarum ſcripſerit aucto-

ritas, non alio vultu penitus aut colore, nisi purpurea tantummodo inscriptione lustrentur: scilicet ut cocti muricis et triti conchylii ardore signentur: eaque tantummodo fas sit proferri vel dici rescripta in quibuscunque judiciis, quae in chartis sive membranis subnotatio nostrae inscriptionis impresserit. Hanc autem sacri encausti confectionem nulli sit licitum aut concessum habere, aut quaerere, aut quocunque sperare: eo videlicet, qui hoc aggressus fuerit tyrannico spiritu, post proscriptionem bonorum omnium, capitali non immerito poena plectendo." L. 12. pr. D. *de distr. pignor.* XX, 5. — *J. O. Westenberg* D. ad const. M. Aurel. Anton. (L. Bat. 1756. 4. — In Opp. T. III.) D. II. c. 2. §. 5 sqq.

8) L. 4. D. *de diverf. rescr.* Cf. L. 1. C. *Th. de constit. principum et edict.* I, 1. „Si qua posthac edicta sive constitutiones sine die et consule fuerint deprehensa, auctoritate careant."

9) L. 7. C. *de precib. imp. offer.* Cf. not. 5.

10) L. 5. C. *si contra jus vel utilitat. public.* I, 22. „Et si legibus consentaneum sacrum oraculum mendax precator attulerit, careat penitus impetratis: et si nimia mentientis inveniatur improbitas, etiam severitati subjaceat judicantis." C. 19. X. *de rescriptis.* I, 3. L. 7. C. *de diverf. rescript.* „Universa rescripta, sive in personam precantium, sive ad quemlibet judicem manaverint: quae vel adnotatio, vel quaevis pragmatica sanctio nominentur: sub ea conditione proferri praecipimus, si preces veritate nitantur, nec aliquem fructum precator oraculi percipiat impetrati, licet in judicio adserat veritatem, nisi quaestio fidei precum imperiali beneficio monstretur inserta. Nam et vir magnificus Quaestor, et viri spectabiles Magistri scriniorum, qui sine praefata adjectione qualecunque divinum responsum dictaverint: et judices qui susceperint, reprehensionem subibunt: et qui illicite dictata scribere ausi fuerint, cujuscunque scrinii memoriales, seu pragmaticarii, vel adjutores primicerii, amissione cinguli feriantur." C. 2. X. *de rescript.* verb.: „quoniam — — in hujusmodi litteris intelligenda est haec conditio, etiamsi non apponatur: *si preces veritate nitantur.*"

11) L. 2. C. *si contra jus vel utilitatem public.* „Praescriptione mendaciorum opposita, sive in juris narratione mendacium reperiatur, sive in facti, sive in tacendi fraude, pro tenore veritatis non deprecantis affirmatione datum judicem cognoscere debere, et secundum hoc de causa convenit ferre sententiam." L. 2. C. *de legib.* („— notam infamiae subituro eo, qui vel astute ea interpretari voluerit, vel impetrato impugnare rescripto, nec habituro fructum *per subreptionem* eliciti.")

12) L. 2. C. *de dilationib.* III, 11. „Si quando quis rescriptum ad extraordinarium judicem reportaverit: dilatio ei penitus deneganda est. Illi autem, qui in judicium vocatur, danda est ad *improbanda precum mendacia*, vel proferenda aliqua instrumenta, vel testes: quoniam instructus esse non potuit, qui praeter spem ad alienum judicium trahitur." (C. Th. L. 1. *eodem ad probanda.*) *C. O. Graebe* Disq. de except. sub- et obreptionis earumque probatione. Rintel. 1788. 4. Diss. *J. H. Boehmer* in jure ecclesiast. Protest. I. Tit. III. §. 11. Cf. Rec. imp. noviss. (a. 1654) § 80. „Ob aber dem Impetranten bei

Decifion der ganzen Sache, feine narrata gleich anfangs zu verificiren, oder aber dem impetrato five reo feine eingewendeten exceptiones fub- et obreptionis zu beweifen obliege? das laffen wir alles zu Ermeffigung und Befindung des Richters, welcher nach geftaltfamer und Gelegenheit der Sachen, auch deren Vmbftändt, daraus Er fich informiren mufs, ob nemblich dem Kläger oder dem Beklagten das onus probandi vffzubinden feye, nach Befcheidenheit der Rechten zu vrtheilen hat, anheimb geftelt feyn."

13) L. 5. C. *de temporib. in integr. reftitut.* II, 55. „— fi forte quis beneficio noftro aetatis veniam fuerit confecutus: ex eo die quo indulgentia noftra in judicio competenti fuerit intimata, *eique adminiftratio rei propriae permiffa*, ad perfequendas in integrum reftitutiones finiendasque caufas jure tempus habeat praeftitutum." — Disfentiunt quot novi omnes. Caeteroquin de refcriptorum intimatione feu infinuatione in primis cf. L. 5. C. *de diverf. refcr.* „Sancimus, ut authentica ipfa atque originalia refcripta, et noftra etiam manufcripta, non exempla eorum infinuentur." L. 2. C. *de dilat.* III, 11. L. 5. C. *de emancipat.* VIII, 49. „— fupplicationibus porrectis mereri fuper hoc divinum oraculum, hocque *apud competentem judicem, ad cujus jurisdictionem actus emancipationis pertinent, infinuare.*" — Cf. c. 59. X. *de appellat.* II, 28.

14) c. 7. 19. X. *de refcr.* c. 9. 14. *eodem* in 6to. I, 5.

§. 36.

Conftitutiones fpeciales, quatenus pro jure ac legibus habendae fint?

Mandata itemque decreta et refcripta jus conftituunt in commune valiturum, quatenus id quidem ipforum natura patitur. Atque mandatis proxime quidem obligantur magiftratus, ad quos data funt. Verumtamen obediant iis obtemperentque homines quoque oportet, quorum negotiis caufisque dirigendis mandata inferviunt, modo ut is, qui principis mandatis fe veniffe adferat, fcriptis hoc probaverit [1]). Neque illud nos praetereat, quod mandatorum quadam confpiratione multa eaque graviffimaque juris Romani capita vel primum conftituta, vel in affiduam jurisdictionem converfa funt [2]). Imperatorum autem decreta nec non refcripta quod attinet, ea itidem legis vim obtinuiffe non eft quod dubitemus, iis tamen exceptis quae vel ad facti quaeftiones, vel ad meras interlocutiones [3]) vel ad conftitionum perfonalium genus pertinerent. „Nam quae princeps alicui ob me-

rita indulſit, vel ſi quam poenam irrogavit, vel ſi cui ſine exemplo ſubvenit, perſonam non egreditur" [4]). Neque vero hanc differentiam, utpote quam ipſa rerum natura conſtituit, tollere Juſtinianus aut voluit aut potuit [5]), nec quidquam ad imminuendam illam, quam fuiſſe diximus, decretorum reſcriptorumve auctoritatem excogitatum eſt a Theodoſio et Valentiniano impp. Hi enim in id ſolummodo animum intenderant, tum ut conſtitutiones perſonales non eſſe ad exemplum trahendas, denuo et cum poenarum ſanctione praeciperent [6]), tum ſtatuerent, ut quomodocunque imperatores voluntatem ſuam declaraſſent, conſtitutiones a ſe emiſſas eſſe obſervandas, id utique ratum haberetur [7]). Neque tamen, quod ſupra cenſuimus, omni odio eſſe dignum iſtud imperatorum in litibus decidendis arbitrium, idem in hanc quoque de qua quaeritur imperalium deciſionum auctoritatem, convertendum eſſe arbitramur. Tantum enim abeſt, ut haec rerum judicatarum auctoritas juſtitiae aequitatisque rationi adverſetur atque officiat, ut nihil ſit aptius ad eam tuendam, quam ſequi in rebus incertis et ambiguis eorum interpretationes decretave, penes quos eſt aut ſummum in republica omnium rerum arbitrium, aut jurisdictio ſumma [8]). Quam quidem rerum a ſupremis curiis judicatarum auctoritatem hodieque ubivis terrarum obſervari videmus [9]).

1) L. 1. C. *de mandatis*. I, 15. Cf. tamen L. 2. *eodem*, quam ex Baſilicis reſtituit *J. Cujacius* obſ. XII, 31.

2) Vid. *Briſſonius* de formulis. III, 84. Add. L. 1. pr. D. *de teſtam. milit.* XXIX, 1.

3) i. e. judicis decreta, quae in medio exordiove litis, non perimendae controverſiae cauſa proponuntur. L. 9. inf. C. *de ſentent. et interlocut.* VII, 45. Interdum etiam ſignificat vocabulum: *interloqui:* non obſervatis juris ſolemnibus cauſam controverſam decidere. L. 1. §. 1. *de conſt. princip.* (ad quem locum cf. *M. Ant. Mureti* comment. de conſtit. princip. in *Ottonis* theſaur. IV, p. 204. 205.). L. 38. D. *de fideic. libertat.* XL, 5.

4) Cf. L. 1. §. 2. D. *de conſtit. princip.* (I, 4.). L. 2. C. *de legib.* „Quae ex relationibus vel ſuggeſtionibus judicantium, vel conſultatione in commune florentiſſimorum ſacri noſtri palatii procerum auditorium introducto negotio ſtatuimus, vel quibuslibet corporibus, aut legatis, aut provinciae, vel civitati, vel curiae donavimus: nec generalia ſint, ſed leges faciant his duntaxat

negotiis atque perſonis, pro quibus fuerint promulgata, nec ab aliquo retractentur: notam infamiae ſubituro eo, qui vel aſtute ea interpretari voluerit, vel impetrato impugnare reſcripto, nec habituro fructum per ſurreptionem eliciti: et judice, ſi diſſimulaverit, vel ulterius litigantem audierit, vel aliquid allegandum admiſerit, et ſub quodam ambiguitatis colore ad nos retulerit, triginta librarum auri condemnatione plectendo." V. *Löhr* Ueberſicht der Conſtit. von Theod. II. bis auf Juſtinian. p. 17. not. 2.

5) L. 12. C. *de legib.* „Si imperialis majeſtas cauſam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus conſtitutis ſententiam dixerit: omnes omnino judices, qui ſub noſtro imperio ſunt, ſciant hanc eſſe legem non ſolum illi cauſae, pro qua producta eſt, ſed et omnibus ſimilibus. — Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, ſi imperialis ſenſus legem interpretatus eſt, an oporteat hujusmodi regiam interpretationem obtinere: eorum quidem vanam ſubtilitatem tam riſimus, quam corrigendam eſſe cenſuimus. Definimus autem omnem imperatorum legum interpretationem, ſive in precibus, ſive in judiciis, ſive alio quocunque modo factum, ratam et indubitatam haberi." Quamquam enim olim jam *Gajus* cenſuerat: numquam eſſe dubitatum, quin principis et decreta et epiſtolae legis vicem obtinerent (Inſt. 1, 5.), tamen non modo ſaepiſſime JCti ab imperialibus decretis recedere conati ſunt (v. ſupra §. 4. not. 6. in f. add. *A. Schulting* D. pro reſcriptis §. 4. in m.), verum etiam auctoritatem iſtam a nonnullis in dubitationem eſſe vocatam, cum ex verbis modo allatis manifeſto apparet, tum ex iis, quae in calce adjicit imperator: „Exploſis itaque", inquiens, „his ridiculoſis ambiguitatibus, tam conditor, quam interpres legum ſolus Imperator juſte exiſtimabitur: nihil hac lege derogante veteris juris conditoribus: quia et eis hoc majeſtas imperialis permiſit."

6) L. 2. C. *de legibus.*

7) L. 3. C. *de legibus.*

8) *Schulting* l. l. §. 7.

9) Noli vero commiſcere cum iſta rerum judicatarum auctoritate jus condendi decreta communia (*gemeine Beſcheide*), quod ſummis in Germaniae terris tribunalibus conceſſum eſſe ſolet. — Cf. *T. J. Reinharth* ſel. obſervat. ad P. Chriſtinaei deciſion. (Erf. 1735. f.) Vol. I. obſ. 4.

§. 37.

Species juris non ſcripti. A) *Jus conſuetudine ſ. moribus conſtitutum* *).

Conſuetudinis vocabulum vel ad ſingulorum hominum aut cogitandi aut vivendi rationem refertur [1]), vel ad jus illud, quod uſus ipſe atque conſuetudo inter homines conſtituit [2]). Quo quidem jure nihil neque aptius

ad hominum actiones dirigendas, neque potentius eſt ad jubendum vetandumque [3]). Sunt autem tres juris conſuetudinarii claſſes diſtinguendae. Una, quae conſuetudines certarum regionum, ſive provinciarum ſive locorum amplectitur. Attamen ſecus ac in vetuſtiſſima Roma, ubi quod moribus comprobatum fuit, legis inſtar in toto orbe Romano, ſi quidem aliae normae deerant, obſervabatur [4]), conſuetudines illae anguſtiſſimis plerumque ſingulorum locorum finibus continentur [5]). Altera claſſis, quae ambitu nonnumquam latiſſime patet, ad eas referenda eſt conſuetudines, quae certorum ordinum propriae ſunt, velut mercatorum [6]). Tertium genus ad perſonarum publicarum collegiorumque conſuetudines pertinet, quibus obſervantiarum nomen tribui ſolet (§. 40.). Atque exordio quidem rerum, cum hominum inter ipſos ſocietates iniri regnaque condi coepiſſent, moribus omnia agebantur [7]). Ex quo autem legum ſcriptarum magis magisque invaluit auctoritas, juris conſuetudinarii pedetentim minui, itemque quid valeat conſuetudo, quaque nitatur ratione, anquiri coepit. Quod quidem, ubi rationem hodie de jure conſuetudinario obtinentem conſideramus, nunquam oblivioni penitus eſt tradendum.

*) *Ger. von dem Buſch* D. de conſuetudine, unde et quando vim legis obtineat. Goett. 1752. 4. — (*C. G. Hübner*) Berichtt. und Zuſätze zu den Inſtitutionen des röm. Rechts, als Anhang zu *Höpfners* Commentar (Leipz. 1801.). p. 151 — 171. — *F. Schoemann* Handb. d. Civilrechts. 1. Bd. (Gieſs. 1806.) Nr. II. p. 28 — 64. — *K. H. L. Volkmar* Beyträge zur Theorie des Gewohnheitsrechts (Braunſchw. 1806.) — *Hugo* die Geſetze ſind nicht die einzige Quelle der juriſtiſchen Wahrheiten (civil. Magaz. IV. p. 89 — 134.). — *C. C. W. Klötzer* Verſuch eines Beytrags zur Reviſion d. Theorie vom Gewohnheitsrecht (Jen. 1815.). — *F. Geſterding* Beyſteuer zur Theorie vom Gewohnheitsrecht (Archiv für civiliſt. Praxis. Bd. IV. Nr. 18. p. 259—288.). — *J. C. Lange* Verſuch einer Begründungslehre d. Rechts. (Erl. 1821. 8.) §. 15 — 18.

1) L. 50. in f. D. *de legat.* I. („Si numerus numorum legatus ſit, neque apparet quales ſint legati, ante omnia ipſius *patrisfamilias conſuetudo* — exquirenda eſt.") L. 21. §. 1. in f. D. *qui teſt. fac. poſſ.* XXVIII, 1.

2) Vocant hanc *objectivam* conſuetudinem, illam *ſubjectivam*. Cf. *Volkmar* l. l. §. 2 — 7.

3) *Fr. Connani* commentar. jur. civil. Lib. I, c. 10. Nr. 1. 2. (vid. et L. 36. D. *de legib. SCtis et longa consuetudine*. „Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum comprobatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.") Aliter quidem plerisque visum est, quippe qui juris omnem auctoritatem in mera legislatoris voluntate positam esse putarent. (Cf. *Schoemann* l. c. p. 45. — *Volkmar* l. c. §. 8. — *Klötzer* §. 9.) Quid? quod fuere, qui „de praestantia juris scripti prae jure consuetudinario" acriter disputarent, velut *Buschius* l. l. §. 44.

4) L. 32. §. 1. D. *de legib.* „Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?" Vid. supr. §. 3. Cf. *v. Savigny* vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung u. Rechtswissensch. (Heidelb. 1814. 8.) p. 17.

5) Unde et saepissime mos s. consuetudo regionis opponitur ei juri quod generatim obtinet, v. c. L. 71. in f. D. *de contrah. emt.* XVIII, 1. L. 6. D. *de evict.* XXI, 2. L. 1. pr. D. *de usuris* XXII, 1. L. 50. in f. D. *de legat.* I. L. 34. D. *de regul. jur.* — Cf. *Hufeland* Diatr. Giebt es allgemeine Gewohnheiten im jurist. Sinne? in *Ej.* Beyträgen zur Bericht. u. Erweiterung d. posit. Rechtswissensch. I. St. (Jen. 1792.) Nr. I.

6) *J. G. Büsch* über Handlungsusanzen (Handlungsbibliothek, herausgeg. v. *Büsch* u. *Ebeling*. I. Bd. Hamb. 1785. p. 241—271. et p. 660—681.).

7) *Cicero* de invent. II, 53. „Ejus (justitiae) initium est a natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res, et a natura profectas et a consuetudine probatas legum metus et religio sanxit." *Id.* ibid. II, 22. — Cf. *v. Savigny* l. l. p. 8—15.

§. 38.

Ratio juris consuetudinarii.

Summa autem juris consuetudinarii ratio haec est, ut regula quaedam, ceu juris norma, inveterato usu observata sit. Ut igitur obtineat consuetudo requiritur I) actionum ***non dissimilium*** [1]) et ***frequens*** et ***diuturna*** et *constans* [2]) observatio [3]), eaque talis quae ad omnium quorum interest notitiam facile pervenire possit [4]). II) Ut ad eam, de qua quaeritur, consuetudinem, tamquam ad juris normam [5]), conformatae sint hominum actiones. Quae quidem ipsae III) liberae sint necesse est [6]), tum etiam IV) rationabiles, neque contrariae aut bonis moribus aut ei juri, quod ad immutandum nihil valet privatorum auctoritas [7]). At in plerisque certe consuetu-

dinibus [8]) insuper requiritur, V) ut de vulgi (i. e. eorum, qui vel regionem aliquam colunt, vel collegio cuidam, aut certo hominum ordini adscripti sunt), velut communi sententia, tamquam de tacita consuetudinis adprobatione constet [9]). Quae si in unum omnia concurrunt, neque judicis confirmatione [10]) neque legislatoris auctoritate [11]), ut valeat consuetudo, opus est.

1) L. 1. C. *quae sit longa consuetudo.* VIII, 53. „— probatis his, quae in oppido frequenter, *in eodem controversiarum genere* servata sunt." — Cf. L. 3. C. *de aedificiis privatis.* VIII, 10. — *Thibaut* Pandekten. §. 19. in f.

2) i. e. neque varia et fluctuans, sive contrariis actibus interrupta haecce observatio sit (*Volkmar* §. 43. — *Klötzer* §. 34.), neque ab usu jam diu intermissa (*Volkmar* §. 41.).

3) L. 1. C. *h. t.* „quae *frequenter* — servata sunt." L. 32. D. §. 1. *de legib.* „*inveterata* consuetudo." L. 35. *eod.* „*diuturna* consuetudo." L. 35. *eod.* „quae *longa* consuetudine comprobata sunt ac *per annos plurimos observata.*" L. 38. *eod.* „rerum *perpetuo similiter judicatarum* auctoritas. L. 3. C. *h. t.* „*antiquitus probata et servata tenaciter* consuetudo." L. 3. pr. C. *de privileg. scholar.* XII, 30. „— consuetudo *vetustissima* et *jugiter observata.*" — De numero tum etiam de tempore cum nihil certi definiri possit, utrumque judicis prudentis arbitrio relinquendum erit, qui statuat, an toties tantoque temporis spatio idem in agendo observatum sit, ut certa inde perpetua atque constans actionum regula erui possit. Vid. *Connanus* l. l. Nr. 5. 6. — *H. Donellus* Commentarii jur. civil. I. §. 2. 3. — *Noodt* ad Tit. Dig. de legib. (opp. T. II.) p. 13. A. — *Volkmar* §. 37. — Cf. *Thibaut* Pandektenrecht. §. 18. — Nec obstant, quae in jure canonico de „*consuetudine legitime praescripta*" leguntur (c. 1. X. h. t. I, 4. c. 50. X. *de elect.* I, 6. c. 3. *h. t.* in 6. I, 4. c. 9. *de officio ordinario* in 6.) Cf. c. 10. X. *de testam.* III, 26. Cf. *Klötzer* p. 116 sqq. — Dissent. *Dabelow* üb. die Verjährung II. §. 130—134. — Caeterum praescriptio quomodo differat a consuetudine post alios exposuit *Klötzer* p. 301—310.

4) *Glück* Einleit. in das Stud. des Röm. Privatrechts. §. 7. Nr. 4. — *Klötzer* §. 35.

5) *Hofacker* princ. jur. Rom. Germ. I. §. 125. I. — *Glück* ad *Hellfeld.* §. 86. Nr. IV.

6) Hinc ad constituendum jus consuetudinarium non valent actus, qui vel dolo malo, tum vi metuque eliciuntur, vel errore facti admittuntur. *Hübner* l. l. p. 68.

7) L. 39. D. *de legib.* „Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet." [*Basilicor.* Libr. II. Tit. I. Fr. 47. (T. I. p. 32.) et ibi Schol. X, 9. *Noodt* l. l. p. 13. *Hübner* p. 166. 67. *Klötzer* p. 128. 137.] c. 11. X. h. t. „— nisi sit rationabilis." (Cf. L. 2. C. h. t.) Nov. 134. c. 1. (ex vers. Hombergk.) „Quae male excogitata sunt, ea nec longa consuetudine confirmari volumus." (Cf. *Quinctil.* inst. orat. I, 6. in f. „consuetudinem sermonis vo-

cabo consensum eruditorum, sicut *vivendi*, *consensum bonorum.*") c. 5. 10. X. *h. t.* („— cum in patria vestra servatae sint hactenus duae consuetudines abusivae, una, quod si (quis) — dissipaverit vel amiserit bona sua, bona uxoris suae — pro suae voluntatis libitu alienat. (Altera,) quod si vir ducat uxorem, quae — committat adulterium, nihilominus ipsa medietatem omnium bonorum, quae fuerit vir adeptus, impudenter exigit — — — (Nos) tenore praesentium declaramus, vos non teneri ad hujusmodi consuetudines observandas." — C. C. C. art. 218. „Dass Misbräuche und böse unvernünftige Gewohnheiten, so an etlichen Orten gehalten werden, sollen abgeschafft seyn." (Exempla vid. in *Wernheri* observatt. forens. T. I. P. IV. obs. 92. et in *Klötzeri* op. cit. p. 131 sqq.) — L. 1. pr. D. *de usur.* XXII, 1. „Usurarum modus ex more regionis — constituitur: *ita tamen, ut legi non offendat.*" L. 13. §. 7. in f. D. *de injur.* XLVII, 10. „Usurpatum tamen et hoc est, *tametsi nullo jure*, ut quis prohiberi possit — —: *quare* si quis prohibeatur, adhuc injuriarum agi potest." c. 26. in f. X. *de testib.* II, 20. „— non obstante illa consuetudine, *utpote juri contraria.*" (Cf. L. 5. C. *de legib.* I, 14. *Plinii* Epist. X. ep. 115. 116.)

8) Except. vid. §. 40.

9) *Cic.* de invent. II, 22. „consuetudinis jus esse putatur id, quod *voluntate omnium* sine lege vetustas comprobavit." et *ibid.* II, 54. „consuetudine jus est, quod in morem vetustas *vulgi approbatione* perduxit." §. 9. J. *de J. N. G. et C.* „diuturni mores, *consensu utentium* comprobati." L. 32. in f. D. h. t. „*tacito consensu omnium.*" L. 35. *eod.* „*tacita civium conventio.*"

10) Nec obstat L. 34. D. h. t. „Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam *contradicto aliquando judicio* consuetudo firmata sit." (*Basilic.* L. II. T. I. fr. 34. „*Τότε κεχρήμεθα τῇ συνηθείᾳ τινὸς πόλειος ἢ ἐπαρχίας, ὅτε ἀμφισβητηθεῖσα ἐν δικαστηρίῳ ἐβεβαιώθη*· — c. 25. X. *de V. S.* V, 40. in m. „Nec dici poterat, quod consuetudo aliqua quasi contradicto judicio fuerit introducta" —.) *H. Donellus* l. l. §. 4. — *Eckhardt* Hermeneut. §. 303. not. *. — *J. E. L. Püttmann* interpretat. et observat. Lib. singular. (Lips. 1763. 8.) c. 19. — *Glück* ad *Hellfeld.* §. 86. not. 16. — *Volkmar* §. 44.

11) Dissentiunt quidem Dd. tantum non omnes, de eo solummodo inter se discrepantes, utrum consensus imperantis generatim atque in antecessum declaratus sufficiat, an specialis esse debeat, sive tacitus sive praesumtus? In qua controversia *Schoemani* diatr. cit. versatur tota. Cf. etiam *Volkmar* §. 12. 16. 52. *Klötzer* §. 14—21. — Enimvero cum priores fuerint consuetudines legibus (v. §. 57. not. 7.), adeoque a nullo imperantis arbitrio penderent, consequens est, ut ista legislatoris auctoritas ad vim consuetudini comparandam opus non sit, nisi quatenus id legis aliqua sanctione efficiatur. — Cf. *Hugo* l. l. p. 126 sqq. — Caeteroquin consensus ille generalis, ut dicitur, jam impertitus est juri consuetudinario, cum a peregrini, tum a patrii juris auctoribus. Vid. §. 39. not. 1 sqq. — C. C. C. art. 104. Ord. cam. imp. (a. 1555.) P. I. Tit. XIII. §. 1. Rec. imp. nov. art. 105. et al.

§. 39.

Consuetudinarii juris vis atque auctoritas.

Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur [1]). Unde sequitur, ut non modo *praeter legem scriptam* jus novum consuetudine inducatur [2]), verum etiam ad leges et interpretandas [3]) et tollendas [4]) valeat consuetudo, sive hoc fiat aut usu contrario, aut mera desuetudine [5]). Cum autem omnino non valeant consuetudines quae juri publico adversantur [6]), nec de istarum consuetudinum vi derogatoria quaeri potest. At in eo quoque differt jus consuetudinarium a scripto jure, quod hoc non aeque ac illud ad res facti ut plurimum referendum sit. Quemadmodum igitur juris consuetudinarii ignorantia non eodem loco ac juris scripti aestimari debet [7]), ita consuetudo, nisi sit notoria, ab allegante erit probanda [8]).

1) L. 32 §. 1. D. *h. t.* §. 9. J. *de J. N. G. et C.* „Diuturni mores, consensu utentium comprobati, *legem imitantur.*" L. 35. h. t. „— Ea, quae longa consuetudine comprobata sunt —, *non minus quam ea, quae scripta sunt jura, servantur.*" L. 1. C. *h. t.* „Et *consuetudo praecedens*, et *ratio, quae consuetudinem suasit, custodienda est.* Et *ne quid contra longam consuetudinem fiat*, ad sollicitudinem suam revocabit Praeses provinciae." L. 3. C. *eod.* „*Leges — consuetudo imitatur et retinet.*" Cf. L. 13. §. 1. D. *comm. praedior.* VIII, 4. L. 31. §. 20. in f. D. *de aedilit. edicto.* XXI, 1. L. 6. D. *de evictionib.* XXI, 2. L. 5. §. 6. D. *de testib.* XXII, 5. L. 4. §. 2. D. *de publicanis et vectigal.* XXXIX, 4. „In omnibus vectigalibus consuetudo spectari solet."

2) L. 35. D. *h. t.* „Diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet."

3) L. 37. 38. D. *h. t.* „Si de interpretatione legis quaeratur, inprimis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset: *optima enim est legum interpres consuetudo.*" — „Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere." c. 8. X. *h. t.* — Dissent. *Schweitzer* de desuetudine. p. 64. not. 28. — *Hübner* l. l. p. 157. 58.

4) §. 11. J. *de J. N. G. et C.* „Ea, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia lege postea lata." L. 32. in f. D. *h. t.* „Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur." Nec obstat L. 2. C. *h. t.* „Consuetudinis ususve

longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem." Vid. *Connanus* l. l. Nr. 9—11. — *H. Donellus* l. l. §. 6. — *Ulr. Huber* Praelect. ad Just. Tit. II. Nr. 12. — *Noodt* L. c. p. 13. — *Jos. Averanii* interpret. jur. (Libr. V. Lugd. 1751. 4.) Libr. II. c. 1. — *Hofacker* princ. jur. civ. Rom. Germ. §. 122. not. b. — *Höpfner* et *Weber* in commentar. ad Inst. §. 58. in f. et not. 15. — *Schömann* l. l. p. 40. not. *. — *Welcker* Recht, Staat u. Strafe. p. 513. not. f. — Cum juris pontificii praecepta de quaestione proposita sibi non consentiant (cf. c. 5. D. I. c. 7. D. XI. c. 9. X. *h. t.* junct. c. 8. et 11. X. *eod.*), merito hac in re sequimur jus civile. Caeter. cf. *Klötzer* l. c. §. 22—28.

5) Pr. J. §. 5. C. deo auctore (*de concept. Dig.*) §. 10. L. 32. in f. D. *h. t.* Cf. L. 1. §. 1. D. *de interrogator. actionib.* XI, 1. „Interrogatoriis autem actionibus *hodie non utimur*, quia nemo cogitur ante judicium de suo jure aliquid respondere; ideoque — *in desuetudinem abierunt.*" Nov. 89. in. med. Dissent. *Chr. Guil. Schweitzer* de desuetudine libell. singular. (Lips. 1801. 8.) c. III—V. — *Hübner* l. l. p. 159.

6) Vid. §. 38. not. 7. (Cf. §. 35. in f.)

7) *Volkmar* §. 45—57. C. infr. §. 50.

8) L. 1. C. *h. t.* „Praeses provinciae, *probatis his*, quae — frequenter — servata sunt." — *A. D. Weber* über die Verbindl. zur Beweisführung im Civilprocess. II, 3. p. m. Dissent. *Lange* l. l. §. 16. in f. — Caeterum de forma atque ratione probandi juris consuetudinarii v. *Jo. Voet* in comment. ad Pand. I, 3. §. 32—35. — *Diet. Herm. Kemmerich* Lib. de probatione consuetudinis et observantiae. (Hal. 1773. 4.) inprimis Sect. II. III. — *Glück* ad *Hellfeld.* §. 87.

§. 40.

Observantia.

Ad efficiendam observantiam non indigere neque actuum frequentia neque temporis decursu plerique opinantur, propterea quod tacito eorum, qui ejusdem sint universitatis, pacto nitatur observantia [1]). At nihil est causae, cur conventiones tacitas, quibus inter universitatis membra jura constituuntur, a reliquo jure ex scripti genere separemus, quod a privatorum arbitrio atque voluntate proficiscatur. Quid? quod observantiae vocabulum, si quidem de hujus verbi proprietate quaeritur, quam longissime abest a pacti significatione, cum tamen multo magis ipsam consuetudinem denotet. Quodsi itaque in hac disciplinae nostrae parte observantiae velut

propriam notionem retinere velimus, haud ſcio an rectius ad id juris genus ſine ſcripto oriundi eam referamus, quod ex perſonarum myſticarum, quas vocant, conſuetudinibus proficiſcatur. Cujus quidem itidem triplex eſt ſpecies notanda: quarum una, cum ipſorum utentium moribus nitatur, nihil habet peculiare, niſi quod ejus vis arctioribus ipſius univerſitatis terminis circumſcribitur. Altera in eo jurium genere ponitur, quod ex perſonarum publicarum conſuetudine oritur non modo iis, qui, vel ſimul atque una vel deinceps, in illarum ſunt numero, verum etiam exteris. Quod genus eſt rerum perpetuo ſimiliter judicatarum auctoritas, quae quidem in legum ambiguitatibus explicandis vim legis obtinere debent [2]). Tertia eſt obſervantiarum ſpecies, quae inter perſonas publicas atque extraneas, conſuetudinibus ultro citroque obſervatis, contrahuntur [3]). Cujusmodi ſunt etiam obſervantiae, quae circa judiciorum modum formamque mutua quadam, tum judicantium tum eorum qui cauſas agunt, obſervatione efficiuntur. Quae quidem ad *ſtylum curiae* pertinent, cujus tamen generalior eſt definitio [4]). Nam plerumque ſtylus curiae ſecundae obſervantiarum ſpeciei adſignandus erit, nonnumquam etiam priori, quatenus ſcilicet de negotiorum et ordine et ratione, inter ipſa collegii membra obſervandis, quaeritur. Magis etiam fluctuat atque varia eſt *praxeos*, tum *uſus forenſis* notio, quippe quam, uti ad omne obſervantiarum genus, ita ad reliquas quoque juris conſuetudinarii ſpecies referunt [5]).

1) *Hofacker* princip. jur. Rom. Germ. §. 127. II. — *Glück* ad *Hellfeld.* §. 84. in f. — *Ejusd.* Einleitung in das Stud. des Röm. Privatrechts. §. 6. p. 37. — *Günther* princ. jur. Rom. noviſſ. §. 6. not. a. §. 146. II. — (Cf. *Kemmerich* D. de probat. conſuet. Sect. I. §. 4. 5.)

2) L. 38. D. *de legib.* (Cf. *Klötzer* l. l. §. 45. p. 287—96. — *Geſterding* l. c. §. 14.)

3) Exemplum eſt in L. 3. C. *quae ſit longa conſuet.* „Quod officiis, curiis, civitatibus, principiis, vel collegiis praeſtitutum fuiſſe cognoſcitur, perpetuae legis vicem obtinere ſtatuimus.“

4) *S. Stryk* D. de ſtylo curiae (Frf. 1670. et in Diſſ. collect. Frf. 1691. Vol. I. Nr. 23.). Stylum curiae *Strykius* definit: conſuetudinem judicialem, determinantem ordinem et modum proce-

dendi in judicio obſervandum. c. I, 45. — Cf. *Klötzer* §. 45. Exemplum praebet L. 12. §. 5. C. *de reb. cred.* IV, 1. „In omnibus autem caſibus, in quibus ſacramenta praeſtantur, *obſervationem judicialem* permanere cenſemus.“ Cf. L. 11. in f. C. *de injur.* IX, 35.

5) *Glück* Einleitung etc. p. 95. — *C. v. Weyhe* wiſſenſchaftliche Bearbeitung des allgem. deutſchen Privatr. (Goett. 1815.) §. 52, 55. — *J. A. Seuffert* Erörterungen einzelner Lehren des Röm. Privatrechts, (I. Abth. Würzb. 1820.) Nr. VI. p. 31—35.

§. 41.

B) *Rerum judicatarum ac jurisprudentiae auctoritas* *).

Eſt autem alterum juris non ſcripti genus *rerum judicatarum* tum etiam *jurisprudentiae auctoritas*, haud ita multum cedens juri conſuetudinario. Quamvis enim non exemplis ſed legibus judicandum ſit [1]), atque cuivis licitum a praejudiciis recedere, ſolent tamen omnes, qui quidem in negotiis cauſisque forenſibus verſantur, haeſitantes in re dubia atque obſcura, quid in ſimilibus obſervatum ſit anquirere, idque ſequi, etiamſi rerum *perpetuo* ſimiliter judicatarum vis huic nondum acceſſerit [2]). Par eſt cauſa auctoritatis prudentum [3]). Qua quidem in re nimiam illam, quae aliquando obtinuerat, *communis Doctorum opinionis* auctoritatem [4]), ad juſtum quendam modum revocare conati ſunt recentiores [5]).

*) *Lange* l. l. §. 22. 23.

1) L. 13. C. *de ſent. et interlocutionib.* VII, 45.

2) *Hofacker* princ. jur. Rom. Germ. §. 127. in f. („in rebus et ubi interpretationi doctrinali locus eſt, in argumentis forenſibus cautius eſt anteceſſorum auctoritatem ſequi, quam ſuo ſenſu nimis abundare.“) Cf. ſupr. §. 36. in f.

3) Vid. §. 7. init. — Cf. *J. Möſer* patriotiſche Phantaſien. I. Bd. Nr. XXII. (Schreiben eines alten Rechtsgelehrten über das ſogenannte Allegiren.)

4) *Arth. Duck* de uſu et auctor. jur. civ. Lib. I. c. 8. §. 5—16 — *Reyher* D. de remiſſione invent. a teſtatore — facta. (Kil. 1690. 4.) §. 18. „Extra vero controverſiam ferme eſt poſitum, communem opinionem habere vim legis et conſuetudinis, cum a multis veritas potius haberi poſſit, quam a paucis, et clara atque aperta res dicatur, pro qua eſt communis opinio, quandoquidem veritas et communis opinio aequiparantur.“

5) *A. D. Weber* über die Proceſskoſten, deren Vergütung und Compenſation. §. 10. 11.

§. 42.

C) *Jus, quod ex communis juris ratione argumentando efficitur.*

Ad juris non fcripti fpecies merito etiam refertur jus illud, quod ex jure jam pridem conftituto, five ex fcripti five ex non fcripti genere, argumentando concludendoque efficitur. Id quod duobus potiffimum modis fit. Uno, cum ex generali aliqua juris forma, legibus aut propofita aut agnita, occulta quaedam et quafi involuta eruamus atque explicemus, omninoque in fingulis dijudicandis quaeftionibus ei adhaerefcamus, quod illi magis conveniat; quod quidem dicitur *rei naturam* fequi. Alter conclufionis modus ad analogiae genus pertinet; de qua infra (Cap. III.) dicentur plura. Utrumque autem argumentandi genus eo nititur, quod non poffunt juris auctores, principium aliquod approbantes, id non probaffe, quod neceffario ex illo confequitur. Eft tamen quod differat inter utrumque, quod nimirum, rei poteftatem atque naturam fequentes, a generaliori ad ea progredimur, quae ex illo efficiuntur, contra vero in analogica argumentandi ratione hoc nobis propofitum eft, ut pluribus caufis inter fe comparatis id, quod de una fancitum eft, fimilitudine quadam ducti ad alteram quoque trahamus.

§. 43.

D) *Aequitas* *).

Aequitatis et finis et officium eft *legitimae in rebus caufisque civium aequabilitatis confervatio* [1]). Quam aequitatem quomodo tuiti fint Romani juris auctores, eademque quomodo ad jus antiquum in melius reformandum ufi fint, fupra fatis copiofe disputatum videri poteft [2]). Nunc videndum de aequitate, quam etiamnum in legibus judiciisque adminiftrandis coli oportet [3]). Cujus quidem triplex cernitur munus. Primum eft, ut a fummo jure

paulisper recedatur, ubi illius ufus juftitiae aequitatisque fini ipfiusque legislatoris voluntati minime convenire appareat [4]), tum, quid aptum fit perfonis, temporibus, aetatibus, diligenter obfervetur [5]). Secundum, ut bonae fidei quantum poterit ubique ratio habeatur, nec non cujusque in jure fuo exercendo malitiae coërceantur [6]). Tertium eft in fupplendis his, quae in fcripto jure quodammodo deeffe videntur, dando fcilicet ex aequo et bono in factum aut actiones aut exceptiones, tum etiam in integrum reftitutiones, iis, qui alioquin contra juris naturalis aequitatem damnum fentiant [7]). Habet tamen haec res multas cautiones. Nam cavendum I) ut ne cui noceatur; II) ut contra legislatoris voluntatem aperte declaratam nihil contendamus, quantumvis licet fcripta lex dura fit ac iniqua [8]). Leges enim aut tollere aut emendare non ad judicis fed ad legislatoris pertinet officium [9]). Neque magis III) jurium novas formas conftituere judici licet. Poteft quidem et debet judex, deficiente lege, damnum ab innocentibus, quoad ejus fieri poffit, avertere, neque tamen in explendis legum lacunis ita agere, ut aut pleniora, quam ipfae leges, cuiquam indulgeat beneficia, aut novis rebus negotiisque jura ftatuat in futurum quoque valitura; quippe quod fimiliter legislatorum officio erit relinquendum [10]). Praeterea cavendum IV) ne eam aequitatem in officiorum perfectorum numero cenfeamus, quae nullam in fe habeat neceffitatém, nifi quae pudore cernitur atque verecundia [11]), atque multo etiam magis V) ne commentitiam illam ac inanem fequamur aequitatem, quae non a vera ratione ducitur, verum a judicis intempeftiva quadam mifericordia animique inconftantia, qualis non decet virum, proficifcitur.

*) *Fr. Connani* commentarii jur. civil. Lib. I. c. XI. — *H. Donellus* commentarii jur. civil. Lib. I. c. XIII. §. 11 — 14. — *J. L. Conradi* or. de juris et aequitatis inter fe confenfu (opusc. Vol. I. p. 317 — 366.). *Rapolla* d. Rechtsgelehrte etc. (überfetzt von *Griefinger*) p. 95 — 107.

1) *Cicero* de Or. I, 42. de off. I, 19. („fervare aequitatem, quae eft juftitiae maxime propria") ib. II, 12. („Jus enim femper quae-

quaesitum est aequabile, neque enim aliter esset jus.") Cf. Top. c. 2., Or. pro Caecina c. 27. 28. de invent. I, 2. Lael. 5. et al. — L. 20. in f. D. *de re jud.* XLII, 1. Cf. *Welcker* die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe. p. 475 sqq.

2) §. 5. 7. 31.

3) L. 90. D. *de reg. jur.* „In omnibus, maxime tamen in jure, aequitas spectanda est." L. 8. C. *de judiciis.* III, 1. „Placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem." [*Haloand.* post *aequitatisque* addit: *scriptae.* Vid. tamen *Connanus* l. l. Nr. 6. — *Fr. Duarenus* disput. anniversar. Lib. II. C. 18. (opp. p. 1068.) — *H. Donellus* l. l. §. 15. edit. *Spangenberg* ad h. l. not. 28.] — Cf. *Cic.* pro Caecina, 28. „Nego ullam rem esse, quae aut comprehendi satis, aut caveri, aut excipi possit, si aut praeterito aliquo verbo, aut ambigue posito, sententia et re cognita, non id, quod intelligitur, sed id quod dicitur valebit."

4) *Cic.* de off. I, 10. „*summum jus*, *summa injuria* factum est jam tritum sermone proverbium." — L. 91. §. 3. D. *de V. O.* XLV, 1. „— esse hanc quaestionem de bono et aequo, *in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur.*" L. 183. D. *de reg. jur.* „Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est."

5) *Cic.* de off. I, 34. in f. — Cf. *Quinctil.* instit. orat. VII, praef. in f. „Cum infinitae litium formae fuerint, futuraeque sint, et *tot saeculis nulla reperta sit causa*, *quae esset tota alteri similis*, sapiat oportet actor, et inveniat, et judicet, et consilium a se ipso petat."

6) *Connanus* l. l. §. 9. Cf. L. 40. pr. D. *de hered. petit.* V, 3. (L. 4. §. 3. in f. D. *de re jud.* XLII, 1.) Vid. not. 14. ad §. 31. — Add. L. 29. §. 4. D. *mandati.* XVII, 1. — L. 10. D. *de reg. jur.* „Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda." Cf. L. 22. §. 1. et 3. C. *de furtis.* VI, 2.

7) L. 1. p. D. *de pactis.* („Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter nos placuerint, servare.") L. 11. et 21. D. *de praescr. verb.* XIX, 5. L. 25. §. 1. D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 1. in f. D. *ex quibus caus. majores 25 annis i. i. restituuntur.* IV, 6. „si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam, quoad ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit." Cf. *Just.* *Claproth* Einleitung in den ordentl. bürgerl. Procefs. I. Th. §. 1. not. b. — *A. D. Weber* von der natürl. Verbindlichkeit. §. 46. 47.

8) L. 12. §. 1. D. *Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt.* XL, 9. „— quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est." Quem in locum vid. *H. Donellus* l. l. §. 14. — Facit huc L. 21. D. *de legib.* „Rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur." Cf. L. 18. *eod.* „Benignius leges interpretandae sunt, *quo voluntas earum conservetur.*"

9) L. 1. C. *de legibus.* „Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere." Cf.

L. ult. *eod.* — *Connanus* l. c. §. 7. 9. in f. §. 11. in f. — *H. Donellus* l. l. §. 13.

10) Cave enim, ne cum judicis officio confundas illa, quae olim fuit, cum jus dicentium, tum JCtorum libera propemodum in jure constituendo potestas.

11) *Connanus* l. l. nr. 6.

§. 44.

E) Jus naturale.

Tota haec quaestio de juris naturalis in rebus causisque dijudicandis usu, iis fere absolvitur, quae de aequitate modo dicta sunt [1]; si illud quoque assumserimus, ut judicandi rationes, quantum possumus, accommodate ad naturam instituamus, eamque quam diximus naturam imitando quodammodo consequamur. Unde sequitur, primum, ut societatum, quas ipsa natura inter homines conjugavit, velut familiarum, praecipua quaedam in officiorum distributione ratio habenda sit [2]. Deinde, ut a naturali aut personarum aut rerum conditione petantur nonnumquam principia, quae controversiis distrahendis commode inserviant [3]. Denique, si qua lege hominum libertas naturalis atque libera cujusque aut suis rebus aut omnium communibus utendi facultas, praeter civilis societatis necessitatem, impedita coangustataque sit, eam legem ita interpreteris necesse est, ut quam minimum a naturali ratione remota esse videatur [4]. Quod autem nonnulli praecipiunt, omnino jus naturale legibus esse superius, ad illiusque normas juris civilis instituta exigenda esse atque moderanda, id, utrum recte an perperam statuatur, jam ex superiore illa de bono et aequo disputatione intelligi poterit [5].

1) Hinc illae, quae ubivis in jure Romano occurrunt, loquendi formulae: *natura aequum est*, *naturalis aequitas*, etc. Cf. etiam L. 5. C. *de bonis quae liber.* VI, 61. „— — quia consequens est, ambiguas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas *benigne atque naturalis juris moderamine* temperare, non piget nos — *aequitati convenientem* Juliani *opinionem* sequi." —

2) *Cic.* de offic. I, 17. 18. Cf. L. 7. pr. D. *de bonis damnator.* XLVIII, 20.

3) L. 24. D. *de ſtatu homin.* I, 5. „Lex naturae haec eſt, ut, qui naſcitur ſine legitimo matrimonio, matrem ſequatur." L. 7. §. 7. D. *de acquir. rer. domin.* XLI, 1. „— — Sabinus et Caſſius *magis naturalem rationem efficere* putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem materia factum ſit, dominus eſſet." — Cf. L. 5. D. *eod.* — L. 15. D. *de ſtatu hom.* — L. 3. in f. D. *ſi pars heredit. petat.* V, 4.

4) L. 155. §. 2. D. *de R. J.* L. 1, §. 20. D. *de exercit. act.* XIV, 1.

5) *A. D. Weber* von der natürl. Verbindl. §. 57. 58. ibiq. citt. Dd.

CAPUT II.

DE LEGUM NATURA ATQUE AUCTORITATE.

§. 45.

Quibusnam praeceptis legis nomen auctoritasque conveniat.

Solent interpretes verba legum *enuntiativa* a *diſpoſitivis*, ut vocant, diſtinguere. Ad illa referunt, tum eorum, quae occaſionem legibus dederint, narrationes, tum cautelas, ſi quae cauſis negotiisque providenter agendis a juris auctoribus proponuntur [1]), itemque enuntiationes ejusmodi, quae magis ad artem noſtram explanandam quam ad juris regulam conſtituendam ſpectant. Quae quidem omnia, licet legis ſententiae eruendae egregie inſerviant, ipſa tamen per ſe non gaudent in foro auctoritate [2]). Contra vero, in praeceptorum legalium numero non modo cenſenda ſunt, quae formula generali ſanciuntur, verum etiam rationes huc referendae, quibus legislator ſingularum quaeſtionum definitiones ſuperſtruxit [3]). Quid? quod quaevis cauſa, qua proxime continetur lex, conſiliumque certum, quod in illa condenda maxime ſecutus eſt legislator (quae quidem proprie vocatur *legis ratio*), in iis certe, quae ſunt juris communis, pro lege quodammodo habetur. Quippe cui maxima intelligitur ineſſe vis in legis et ambitu et auctoritate definienda (cf. §. 42. 53. 58. 61 — 67.).

1) Velut in L. 24. D. *de rei vind.* VI, 1.

2) *A. D. Weber* Bemerkungen zur Beförderung einer gründl. Theorie der Anwendung des Röm. Rechts (Versuche über das Civilrecht. Nr. I.) §. 8. — De definitionum a juris auctoribus prolatarum auctoritate vid. inprimis (*C. G. Hübner*) Zusätze u. Berichtigungen zu den Instit. des Röm. Rechts. p. 57 sqq. (Cf. L. 202. D. *de reg. jur.* „Omnis definitio in jure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit.")

3) Vid. *Thibaut* log. Auslegung des Röm. Rechts. (ed. 2.) p. 59. 60. Cf. infr. §. 61. not. 5. §. 66. nr. 2.

§. 46.

Legum virtus universim spectata.

Legis virtus haec est; *imperare*, quae fieri vult lex, *vetare*, quae non vult, *permittere* ea, quae quidem cauta sunt legibus atque praescripta, neque tamen a privatorum arbitrio exemta, denique *punire*, quae contra legis aut praeceptionem aut prohibitionem fient [1]). Est autem regula, ut quaecunque contra legum voluntatem gerantur, inutilia sint atque pro infectis habeantur [2]), sive poenae sanctio legi superaddita sit, sive non [3]). Nonnumquam tamen ab hac regula receditur, ut, rato manente negotio, aut sola poena solvenda sit, aliove incommodo adficiatur is, qui legum praecepta prohibitionesque in agendo neglexerit [4]), aut non tantas habeat vires negotium, quam si ex legum praescripto omnia acta essent [5]). Magis etiam ad permittentium genus accedunt leges, quae, ut hominum imprudentiae levitatique succurrerent, certas quidem negotiis praescripserunt formas, ita tamen ut, quae in contrarium fiunt, neque rescindantur, neque poenae subjiciantur, neque de eorum vi atque potestate aliquid deminuatur; quarum in numero vi et effectu habendae sunt, quae, licet exceptionibus repellant agentes, impleta tamen negotia retractari non sinunt. Cujusmodi legibus *imperfectarum* nomen inditum est [6]); contraria appellatione opposita tum *perfectarum*, quae facta legibus contraria rescinderent, tum *minus quam perfectarum*, quae salvis iis, quae gesta essent, poenam injungerent gerentibus [7]). Caeterum contra legem is quoque facere vide-

tur, qui in fraudem legis agit, i. e. qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit [8]).

1) L. 7. D. *de legib.* (Cf. Basilic. T. I. p. 29. 30. et *Quinctiliani* instit. orat. VII, 5.) — Hinc originem traxit distinctio juris *cogentis* et *permissivi*, ut ajunt; de qua vid. *Glück* ad *Hellfeld.* T. I. §. 14. 15. — *Id.* Einleit. in das Stud. des Röm. Privatrechts. §. 8.

2) L. 5. C. *de legib.* „Nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres, quam novellas, trahi generaliter imperamus; ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, caeteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere, hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur — — —. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus." Add. c. 64. *de R. J.* in 6. V, 12. L. 6. C. *de pact.* („Pacta, quae contra leges constitutionesque, *vel contra bonos mores* fiunt, nullam vim habere indubitati juris est.") §. 12. J. *de nupt.*

3) L. 4. 6. C. *de incest. nupt.* V, 5. — *A. D. Weber* von der natürl. Verbindl. §. 74.

4) V. c. L. 1. C. *de secund. nupt.* V, 9. — L. 1. pr. D. *de alienat. jud. mut. causa facta.* IV, 7.

5) Vid. L. 29. D. *de usur.* XXII, 1. — Cf. infr. L. II. c. II. Sect. II.

6) *Ulpian.* Fr. I. §. 1. (ed. Schult.) („Imperfecta lex est, velut Cincia, quae supra certum modum donari) prohibet —, et si plus donatum sit, non rescindit." Cf. *Macrobius* in comment. in somn. Scipion. II, 17. et *Savigny* über die Lex Cincia (Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissensch. IV, 1.) Nr. V. VI. p. 19 — 24.

7) *Ulpian.* Fr. I. §. 2. „Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et, si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei, qui contra legem fecit." — Cf. *Savigny* l. l. p. 21.

8) L. 29. 30. D. *de legib.* — *Weber* l. l. §. 63.

§. 47.

Quas personas legibus obtemperare oporteat.

Juribus legibusque in civitate aliqua obtinentibus omnes obediant necesse est, quicunque ibi aliquid, quod ad legum judicumque censuram atque arbitrium pertineat, agant committantve, nec quidquam refert utrum cives sint, de quorum actionibus quaeritur, an advenae et peregrinantes [1]). De eo autem, penes quem sum-

mum eſt in civitate imperium, numne ipſe legibus teneatur? valde ambigitur [2]). Quidquid vero hoc ſit, quod de *principe legibus ſoluto* in libris noſtris traditum eſt [3]), illud certe negari nequit, de quaeſtione propoſita non niſi ex regiminis formula cujusque populi propria ſtatui poſſe.

1) *Glück* ad *Hellfeld.* §. 44. — Cf. *C. F. Boeſchen* (Pr. *A. F. Schott*) D. de vi legum civilium in ſubditos temporarios Lipſ. 1772. 4. Nov. 69. c. 1.

2) *J. A. Schnaubert* D. de principe legib. ſuis obligato. Jen. 1795., quam german. interpretatus eſt *E. F. Hagemeiſter* (auch der Regent iſt an die von ihm gegebenen Geſetze gebunden. Roſt. 1795.).

3) L. 31. D. *de legib.* („*Princeps legibus ſolutus eſt*, Auguſta autem, licet legibus ſoluta non eſt, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipſi habent." Cujus loci interpretes conſignati ſunt ap. *Glückium* ad *Hellfeld.* I. §. 45. not. 51.) L. 23. D. *de leg.* III. („Ex imperfecto teſtamento legata vel fideicommiſſa imperatorem vindicare, inverecundum eſt: decet enim tantae majeſtati eas ſervare leges, *quibus ipſe ſolutus eſſe videtur.*") L. 3. C. *de teſtam.* VI, 23. („— *Licet enim lex imperii ſolemnibus juris imperatorem ſolverit*, nihil tamen tam proprium imperii eſt, quam legibus vivere.") §. 8. in f. J. *quib. mod. teſt. infirm.* („— Licet enim legibus ſoluti ſumus, tamen legibus vivimus.") — L. 26. C. *de donat. int. V. et U.* V, 16. „Donationes, quas — imperator in — ſuam conjugem, vel illa in maritum contulerit, illico valere ſancimus —, *utpote imperialibus contractibus legis vicem obtinentibus.* — Cf. *Ulr. Huber* Digreſſiones Juſtinianeae. Lib. I. c. 35. — *Schnaubert* l. l. §. 25. not. 39. — *Thibaut* Pand. §. 27.

§. 48.

De finibus quibus legum civilium auctoritas continetur.

Jus autem omne, quo utimur, vel generatim perſonis rebusque, ad quas modo poteſt pertinere, aequabiliter deſcriptum eſt, vel ad certum aut hominum aut rerum genus pertinet, vel arctioribus regionis cujusdam aut loci finibus circumſcribitur. Unde haud incommode, ſi quidem de legum civilium et ambitu et finibus quaeritur, triplex jurium genus diſtingui poſſe videtur, unum *generalia*, alterum *ſpecialia*, tertium *particularia* jura complectens. Jus autem *poſitivum univerſale* quod attinet, quin inter mera recentiorum JCtorum commenta referendum ſit, vix eſt quod dubitemus [1]).

1) *Glück* ad *Hellfeld*. I. §. 22. Dissent. (*Hübner*) Bericht. u. Zusätze zu den Inst. d. Röm. Rechts. p. 141 — 151.

§. 49.

Commune, singulare jus.

Neque vero cum superiore illa juris divisione commisceri ea debet, quam modo indicabimus. Nam ut regula distat a suis exceptionibus, similiter inter se differunt jus commune atque singulare [1]. Jus enim singulare est, quod contra tenorem communis juris propter aliquam utilitatem introductum est [2]. Nec eo mutatur juris communis indoles, quod ejus exceptiones quamvis latissime pateant, dumne per regulam contrariam, ea, quae antea fuit, in totum obruatur; atque adeo non sunt pugnantia inter se: *jus singulare* idemque *generale* [3]. Est autem duplex singularium jurium species distinguenda. Una eorum, quae, licet quantumvis a juris regula recedant, generali tamen forma ipsae emittuntur atque normam tamquam perpetuam constituunt; velut beneficia aetatis, militiae et quae eorum sunt similia. Altera est eorum, quae aut singulis personis causisque aut hominum universitatibus *singulis* [4]) statuuntur [5]. Quae quidem exceptiones, uti antiquitus solebant, ita hodieque *privilegiorum* congruo nomine [6]) prae reliquo jure singulari solent appellari. Contra vero Romani juris, quo quidem utimur, auctores, promiscue atque communiter hocce vocabulo usi sunt [7].

1) L. 15. D. *de vulg. et pup. substit.* XXVIII, 6. L. 57. D. *de jure fisci.* XLIX, 14. — Cf. *Auctoris* Lehrbuch d. jurist. Encyclop. §. 14. 15. — Est tamen et latior quaedam juris communis notio, qua ad commune omnium hominum jus refertur (L. 1. §. 4. L. 9. D. *de J. et J.*), tum etiam proprio juri atque singulorum opponitur, v. c. L. 59. §. 4. D. *mandati.* XVII, 1.

2) L. 16. D. *de legib.* (*J. C. Conradi* de jure singulari — in opusc. a *Pernice* edit. — §. 1 — 9. Cf. L. 23. §. 3. D. *de fideicomm. libertatib.* XL, 5. et nota seq.

3) Exempla vid. in L. 23. §. 1. L. 44. §. 1. *de acq. o. amitt. poss.* XLI, 2. L. 44. §. 3. D. *de usurp. et usuc.* XLI, 3. L. 2. §. 16. D. *pro emt.* XLI, 4. L. 7. C. *de pact. convent. tam super dote* etc. V, 14.

4) Nam quae aut fimpliciter perfonis myfticis, aut omnibus omnino ex aliquo genere perfonarum univerfitatibus tribuuntur jura, velut civitatibus, ea ad jura fingularia, quae proprie dicuntur, merito referenda funt.

5) L. 1. §. 2. D. *de conft. princip.* „Plane ex his quaedam funt perfonales, nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulfit, vel fi quam poenam irrogavit, vel fi cui fine exemplo fubvenit, perfonam non egreditur."

6) *Cic.* de leg. III, 19. („majores — in *privos* homines leges ferri noluerunt, id eft enim privilegium.") Cf. or. pro domo c. 17. — *Gellius* X, 20. — Enimvero in *fingulorum odium* privilegia ferre, f. *legis exceptiones* ftatuere, lege XII tabb. vetitum erat. *Cic.* III, 4. „*Privilegia ne irroganto.*" Cf. c. 19. et *Taciti* Annal. III, 27. — Vid. inprimis *Noodt* Pand. p. m. 10. A. — Cf. *Dirkfen* civilift. Abhandl. I. p. 246 — 255.

7) *Briffon.* de V. S. v. *privilegium.* — Caeterum a verbi proprietate magis etiam deflectunt recentiores, quippe conceffionibus omnigenis, quaecunque ab imperante peti darique folent, privilegii nomen impertientes.

§. 50.

Ex quo tempore leges valeant, quaque poteftate.

Incipit lex valere, fimulac legitime publicata eft; nec audiendi funt, qui in ipforum notitiam legem veniffe negent [1]). Idemque de juris non fcripti ignorantia dicendum etiam videtur, fiquidem non de facto fed de jure quaeritur. Unde intelligitur 1) ignorari non debere jus, quod aut argumentando ex jure fcripto efficitur, aut naturali aequitate continetur (§. 42 — 44). Nec magis 2) excufantur, tum qui fe dicant ignoraffe, quae ad conftituendam confuetudinem leges requirunt, tum dijudicare nefciant ex factis propofitis, anne perfectum fit jus confuetudinarium, nec ne? Quid? quod ignorare non licet confuetudines, quae tam apertae funt atque manifeftae, ut hominum imprudentium ac focordium vix effugiant intelligentiam [2]). Denique non nifi res geftae, quibus continetur confuetudo, fine cujusquam incommodo ignorari poterunt, quatenus omnino non noceat facti ignorantia [3]). Caeteroquin interdum propter utilitatem aliquam *vacationis* tempus legibus additur, quo demum praeterito legis praeceptum teneat [4]).

1) L. 12. C. *de jur. et facti ignor.* I, 18. „*Conftitutiones principum nec ignorare quemquam*, nec diffimulare *permittimus.*"

L. 9. C. *de legib*, „*Leges sacratissimae*, quae constringunt hominum vitas, *intelligi ab omnibus debent.*" L. 48. pr. D. *de fidejussorib.* XLVI, 1. „Si Titius et Seja pro Mevio fidejusserint subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem: *cum scire potuerit, aut ignorare non debuerit*, mulierem frustra intercedere."

2) Arg. L. 5. §. 1. D. *de jur. et facti ignor.* XXII, 6. L. 9. §. 2. *eod.* („Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur: quid enim? si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat?")

3) Cf. *Volkmar* Beiträge zur Theorie d. Gewohnheitsrechts. p. 85 — 98.

4) *Sueton.* Octav. c. 54. „Hanc (legem de maritandis ordinibus) cum aliquanto, quam caeteras, severius emendasset, prae tumultu recusantium perferre non potuit, nisi ademta demum, lenitave parte poenarum *et vacatione triennii data.*" Cf. *Heineccii* comment. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. p. 48.) Alia exempla vid. in Nov. 58. („Sciant, quod nisi *intra tres menses, ex quo haec lex insinuata fuerit*, haec correxerint —" etc.) Nov. 66. c. 1. pr. („— Sancimus, si scripta fuerit hujusmodi lex (de testamentis), *hanc post duos menses dati ei temporis valere.*") Nov. 116. c. 1. „— nisi intra triginta dierum dilationem, computandorum ab insinuatione praesentis nostrae dispositionis, eos expulerint" etc. Cf. *Hofacker* princip. jur. Rom. Germ. T. I. §. 86. not. a.

§. 51.

De causis quae legibus fuere priores *).

Contra vero lex non est trahenda ad praeterita [1]), nisi aut interpretetur tantummodo priores leges easve confirmet [2]), aut praeteritas quoque jurium causas, vel disertius vel occultius sanciendo, lex nova complectatur. Id quod suadente utilitate fieri nonnunquam solet [3]), sic tamen, ut ne causae negotiaque penitus evertantur, quae jam finita sunt atque prorsus absoluta [4]). Regula autem illa, qua non trahantur leges ad praeterita, quamvis per se habeat sensum expeditissimum, est tamen difficillima usu, si quando causa jurium lege sit antiquior, exsecutio posterior. Atque forma quidem negotiorum nihil habet dubitationis, quin ad eas leges dirigi conveniat, quae tum obtinent, cum peragitur negotium, sive id ipsum jurium causam constituat, sive eandem sequatur [5]). Magis autem de reliquis ambigitur, tum de eorum, qui lege nondum lata deliquerunt,

poena publica [6]), tum vero maxime de juribus, quae ad rem familiarem omninoque ad rem privatam ſpectant; de quo quidem uno hic nos attinet dicere. Quod igitur rationi conſentaneum eſt, defendi ſcilicet legibus atque in harum eſſe praeſidio et quodammodo tutela, quae licite ac legitimo modo orta ſint jura [7]), idem certe Romano jure agnitum eſt, ut quaecunque a cauſis, lege nova prioribus, pendeant jura, ea ex priſtinis legibus judicanda ſint, etiamſi res, de qua agitur, ad effectum nondum adducta, neque in discrimen de ea ventum ſit [8]). Cavendum tamen, ne ad jurium cauſas, de quibus hic quaerimus, quamlibet referamus aut hominum aut rerum conditionem, quae, niſi legis mutatio accidiſſet, longe diſſimilem effeciſſet jurium litiumque rationem, ac nunc fit ex lege nova [9]). Etenim ut ſuperius noſtrum praeceptum obtineat, aut oportet quempiam de rebus ſuis inſtituiſſe aliquod negotium, quod quidem ex jure antiquo ratum ſit atque firmum, aut jus quoddam alicui quaeſitum ſit neceſſe eſt ejusmodi, quod ab illo invito jam eripi nequeat [10]). Praeterea providendum, ne quid admittamus ſub juris quaeſiti praeſidio et quaſi colore, quod utique fieri noluit legislator, licet aperte de praeteritis nihil cautum ſit lege [11]).

*) *A. D. Weber* Ueber die Rückanwendung poſitiver Geſetze. Hannov. 1811. 8. (Cf. Leipz. Literatur-Zeit. 1813. May. Nr. 128. 129.) — *Fr. Bergmann* Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Geſetze im Privatrechte. Hannov. 1818. 8. — *F. G. Georgii* Beitrag zur Lehre von der Rückanwendung neuer Geſetze (Archiv für die civiliſt. Praxis. III. Nr. XII. p. 145—194.).

1) L. 7. C. *de legib.* „Leges et conſtitutiones futuris certum eſt dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, niſi nominatim et de praeterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis cautum ſit." L. 65. in f. C. *de decurionib.* X, 31. („cum conveniat, leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare.") — c. 2. X. *de conſtit.* I, 2. „Quoties novum quid ſtatuitur, ita ſolet futuris formam imponere, ut dispendiis praeterita non commendet, ne detrimentum ante prohibitionem poſſint ignorantes incurrere, quod eos poſtmodum dignum eſt vetitos ſuſtinere." Cf. c. 13. *eod.*

2) Nov. 19. pr. — Nov. 43. Cf. *Weber* l. l. §. 28—33. 36. 78—84. — *Bergmann* l. l. §. 10. 11. 31. 32.

3) L. 3. C. *de pact. pignor.* VIII, 35. („Si quis igitur tali contractu laborat, hac ſanctione reſpiret, *quae cum praeteritis*

praesentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt.") L. un. in f. *de contr. judicum* etc. I, 53. („Quae etiam ad praeterita negotia referri sancimus, *nisi transactionibus, vel judicationibus sopita sint.*") L. 17. C. *de fide instrum.* IV, 21. („Quae tam in postea conficiendis instrumentis, quam in his, quae jam scripta, nondum autem absoluta sunt, locum habere praecipimus: nisi jam super his transactum sit, vel judicatum, quae retractari non possunt —"). L. 27. pr. C. *de usuris.* IV, 32. („De usuris — jubemus, etiam eos, qui ante eandem sanctionem ampliores, quam statutae sunt, usuras stipulati sunt, *ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis ejus suas moderari actiones: scilicet illius temporis, quod ante eam defluxit legem, pro tenore stipulationis usuras exacturos.*") C. *tanta* (L. 2. C. *de vet. jure enucl.*) §. 23. „Leges autem nostras, quae in his Codicibus — posuimus, — sancimus — suum vigorem in judiciis ostendentes in omnibus causis, *sive quae postea emerserint, sive quae in judiciis adhuc pendent, nec eas judicialis vel amicalis forma compescuit.*" Cf. L. 22. §. 1. C. *de sacrosf. ecclesiis* I, 2. L. 21. C. *ad SCti Vellej.* IV, 29. L. 5. C. *de quadriennii praescript.* VII, 37. — *Weber* l. l. §. 5.

4) L. 1. §. fin. D. *ad SCti Tertyll.* („ait Senatus: *quae judicata, transacta finitave sunt, rata maneant.*" (Cf. L. 229. 230. D. *de V. S.*) L. 2. §. 23. C. *de vet. jure enucl.* („*Quae enim jam vel judiciali sententia finita sunt, vel amicali pacto sopita, haec resuscitari nullo volumus modo.*") Cf. Nov. 19. pr. et loca in not. 3. all. — *Bergmann* l. l. §. 23. (p. 158. not. 129.) §. 25. (p. 146 sqq.).

5) L. ult. C. *si certum petatur.* IV, 2. („— Quod et in futuris creditis, *vel debitorum solutionibus* locum habere oportet.") — *Weber* §. 47. 48. §. 59. (p. 151. 152.) — *Georgii* l. l. §. 20.

6) Qua de re vidend. *Weber* l. l. §. 57.

7) Vid. tam. *Bergmann* §. 4. 5.

8) Arg. L. 8. pr. D. *mandati.* XVII, 1. („uniuscujusque enim contractus initium spectandum et causam") et L. 58. §. 2. D. *pro socio* XVII, 2. — L. 1. pr. D. *ad Leg. Falcid.* XXXV, 2. („*Quicumque* civis Romanus *post hanc legem rogatam testamentum faciet*" etc.) L. 18. C. *de testib.* IV, 20. („Praedicimus, ut qui in scriptis a se debita retulerint, non facile audiantur, si dicant, — debiti — solutionem sine scriptis se fecisse — — nisi quinque testes — — deposuerint, sub praesentia sua debitum esse solutum" etc. — „*his scil. qui jam sine scriptis debitum — solverint, a praesenti sanctione merito excipiendis.*" (Cf. *Bergmann* p. 88.) L. 25. in f. C. *mandati.* IV, 35. („Et justum quidem fuerat hoc remedium debitoribus ab Anastasianis temporibus impertiri —. Sed ne videamur in tanta temporum nostrorum benevolentia aliquid acerbius admittere, in futuris post praesentem legem casibus haec observari censemus.") L. un. in f. C. *de rei uxor. act.* V, 13. („quae omnia in his tantummodo dotibus locum habere censemus, quae post hanc legem datae fuerint.") L. 29. in f. C. *de testam.* VI, 23. („Quae in posterum tantummodo observari censemus, ut quae testamenta post hanc novellam nostri numinis legem conficiuntur, haec cum tali observatione procedant. *Quid enim antiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia, pristinam secuta est observationem.*") L. un.

§. 16. C. *de caduc. tollend.* VI, 51. „Locum autem huic legi constituimus in his defunctorum elogiis, *quae posthac composita fuerint:* anteriores etenim casus suo marte discurrere concedimus." Cf. Nov. 66. c. 1. §. 4. 5. („Non infringi defunctorum volumus dispositiones, sed ratas esse per omnia declaramus: ut, si vel proxime scripta sint testamenta post positionem legis, nondum vero contigerit factas constitutiones innotuisse — —. Maneant etiam institutiones, quae ab initio secundum tunc exstantes factae sunt leges, — — et *non accusandae eo quod tempore, quo supervixerunt illi, eas non mutaverunt.* Erit namque absurdum, ut quod factum est recte, ex eo, quod nondum erat, postea mutetur" etc.) Nov. 76. c. 1. L. un. in f. C. *de latina libertate tollenda.* VII, 6. L. 65. in f. C. *de decurionib.* X, 31. Nov. 12. c. 5. Nov. 22. c. 1. Nov. 58. c. 1. (*Bergmann* p. 144. not. 134.) Nov. 99. c. 1. in f. — Cf. *Bergmann* §. 14—21. 25. — Dissent. *Weber* §. 40—44. 46. 52. 53. 61—63. 69. 70. 72. 74.

9) Velut in caussis divortiorum, successionis ab intestato, ceterisque similibus. Vid. *Weber* §. 55. *Bergmann* §. 20.

10) Quare, si quid in praescribentium commodum novi statuitur, id non proderit ei, cujus jam coepta est praescriptio tempore legis latae; contra vero nocebit, quod in incommodum. Nondum enim illi quaesitum est jus, de quo agitur. Alia omnia in iis, qui rei suae jacturam faciant, utpote penes quos jam ab initio fuit actio.

11) *Weber* §. 56. *Georgii* §. 15. (p. 171.) Conf. *Bergmann* §. 30.

§. 52.

Jus quomodo aut tollatur aut corrigatur.

Mutantur plerumque leges aut contraria legislatorum voluntate [1]), aut usu contrario [2]), nec semper uno modo. Etenim „lex aut abrogatur, i. e. prior lex tollitur, aut derogatur, i. e. pars primae legis tollitur, aut subrogatur, i. e. adjicitur aliquid primae legi, aut obrogatur, i. e. mutatur aliquid ex prima lege" [3]). In toto autem jure generi per speciem derogatur [4]). Quamquam enim specialia sua quidem natura insunt etiam generalibus [5]), tamen lege nova generali non tollentur, neque ea jura, quae certis vel regionibus vel hominibus propria sunt [6]), neque specialia juris veteris praecepta ejusmodi, quae peculiaribus ac propriis suis rationibus subnixa sunt [7]), nisi ad haec quoque legem novam esse trahendam ex ejus aut verbis aut sententia manifesto appareat [8]). Tollitur praeterea lex, tum ex iis finiendi caussis, quas ipse legislator praestituit legi, velut ut valeat duntaxat ad tempus, tum

vero ita mutatis et personis, et rebus, et temporibus, de quibus scripta est lex, ut ne analogiae quidem locus relinquatur [9]).

1) Cf. *J. N. Hertius* D. de lege, clausula ut ne abrogari unquam possit, munita. (Opp. Vol. I. P. III. p. 5 sqq.)

2) Cf. §. 59. et ib. not. 5. et add. *Voet* comment. ad Pand. Lib. I. Tit. 5. §. 41.

3) *Ulpiani* Fragm. I, 5. add. L. 102. D. *de V. S.*

4) L. 80. D. *de reg. jur.*

5) L. 147. D. *de reg. jur.*

6) Arg. c. 1. *de constit.* in 6. I, 2. („Licet Romanus pontifex (qui jura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere), constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur; quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta (cum sint facti et in facto consistant), potest probabiliter ignorare, ipsis, dum tamen sint rationabilia, per constitutionem a se noviter editam (nisi expresse in ipsa), non intelligitur in aliquo derogare.")

7) Arg. L. 41. D. *de poenis*. XLVIII, 19. („Sanctio legum, quae novissime certam poenam irrogat iis, qui praeceptis legum non obtemperaverint, ad eas species pertinere non videtur, quibus ipsa lege poena specialiter addita est: *nec ambigitur, in cetero omni jure speciem generi derogare;* nec sane verisimile est, delictum unum eadem lege variis aestimationibus coerceri.") — *Thibaut* über das Verhältniss besonderer Sätze des älteren Rechts zu neuen Regeln. (civilist. Abhandl. — Heidelb. 1814. — Nr. 7.) Dissent. *Bornemann* Prüfung der Grundsätze Thibaut's etc. (Neues Archiv f. d. Rechtsgelahrtheit in d. Grossherzogth. Mecklenburg. Herausgeg. von *Nettelbladt* und *Wachenhusen*. I. Bd. — Rost. 1818 — p. 178 sqq.)

8) L. 3. §. 5. D. *de sepulchro violato*. XLVII, 12. „Divus Hadrianus rescripto poenam statuit quadraginta aureorum in eos, qui in civitate sepeliunt. — Quid tamen, si lex municipalis permittat in civitate sepeliri? post rescripta principalia an ab hoc discessum sit videbimus: quia generalia sunt rescripta, et oportet imperialia statuta suam vim obtinere, et in omni loco valere." — Cf. *Thibaut* l. l. p. 128 sqq.

9) Cf. infr. §. 65.

CAPUT III.

JURIS ET INTERPRETANDI ET IN REBUS CAUSISQUE UTENDI PRAECEPTA.

§. 53.

Notionum inter se comparatio.

Interpretis officium, quod proprie in legis sententia explicanda versatur, per se quidem facile discernitur a eorum munere, quorum est, ad causas applicare leges; unde etiam recte de utroque genere seorsim multa praecipiuntur. Est tamen genus quoddam praeceptorum velut promiscuum atque in medio positum, eorum scilicet, quae ad leges ex earum ratione aut ad similia producendas aut restringendas spectant. Quae, ut vix cogitatione possunt distingui, ita multo etiam magis confunduntur re ipsa atque usu, ut neutiquam inter se consentiant JCti, ad utrum potius officii genus referant hujusmodi praecepta, ad interpretis, an ad judicantium? Atque haud scio an rectius ad interpretandarum legum principia accommodandae sint regulae, quibus non tam de causis in foro tractandis, quam de legum vi atque potestate declaranda quaeritur. Certe neminem fugiet, hanc JCtorum Romanorum fuisse sententiam [1]); ut taceam, de quo similiter inter omnes constat, totum adeo jus illud, quod prudentum auctoritate constitutum est, interpretationis nomen usurpasse [2]). Quae quidem de eorum, quae sequentur, ordine, quo inter se sunt apta, monuisse sufficiat.

1) V. c. L. 64. §. 1. D. *de condit. et demonstr.* XXXV, 1. („Quod si ita scriptum esset, si Ariciae non nupserit, interesse, an fraus legi facta esset; nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum, ipso jure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum: *legem enim utilem reipublicae, sobolis scilicet procreandae causa latam, adjuvandam interpretatione.*") L. 2. §. 1. D. *de custod. reorum.* XLVIII, 3. verb.: „— sed haec *interpretatio perdura, pernimium severa* est —".

2) L. 2. §. 12. D. *de O. J.* („— jus civile, quod sine scripto, in sola prudentium interpretatione consistit —").

§. 54.

I. *De juris interpretatione* *). *Ejus summae divisiones atque totius loci constitutio.*

Juris interpretatio omnis aut ad leges pertinet, aut ad privatorum voluntates, tum etiam judicum sententias explicandas. Illam, de qua hoc loco quaeritur, dividunt in *authenticam*, *usualem* [1]) et *doctrinalem*. Atque authenticae quidem interpretationi, quae ab ipso fit legislatore, toties est locus, quoties legum obscuritates ex artis regulis tolli non poterunt. In ejusmodi enim ambiguitatibus non permittitur judici velut interpretaturo sententiam suam ingerere, non magis, quam ex sola aequitatis ratione ultra legis sententiam progredi [2]). Igitur JCtorum officio interpretatio tantum relicta est ea, quae a doctrinae praeceptis ducitur, atque in legis eruenda indole ac sententia, quae vere est, versatur. Quoniam autem nemo interpretis munere rite fungetur, nisi cui ante exploratum sit de scripturae sinceritate, duas esse hujus disciplinae partes quivis intelliget, unam, quae aut in exquirenda scripti fide et auctoritate, aut in vitiis ejus emendandis laborat, quod quidem proprium est artis criticae atque interpretationi velut praeparatorium [3]); alteram, qua ipsae interpretandi regulae tractantur. Jam igitur primo dicetur de subsidiis utriusque artis communibus, quatenus quidem ad jus Romanum spectant, dein de singulis seorsim videbimus.

*) *Fr. Hotomani* Lib. de opt. genere jur. interpretandi (opp. II. p. 1087 sqq.) *H. Donelli* commentarii jur. civ. Lib. I. c. XIII—XVI. — *Val. Guil. Forster* Interpres s. de interpretatione juris. (in *Ottonis* thesauro. T. II. p. 945—1068.) — *Chr. Henr. Eckhardi* Hermeneutica juris. (ed. I. Lips. 1750) rec. perpetuisque not. illustr. *C. Fr. Walch* (ed. II. 1779); cur. *C. W. Walch* 1802. — *Fr. Rapolla* d. Rechtsgelehrte od. über die Art u. Weise wie das Civilr. richtig erlernt und erklärt wird; aus d. Latein. übersetzt m. Anmerk. von *L. Fr. Griesinger.* Stuttg. 1792. — *A. F. J. Thibaut* Theorie der logischen Auslegung des Röm. R. Alt. 1799. ed. 2. 1806. — (*Hübner*) Zusätze u. Berichtigungen zu den Inst. d. Röm. Rechts. p. 171—190. — *Jo. Gottfr. Sammet* Hermeneutik des Rechts, herausgeg. v. *Fr. G. Born.* Lips. 1801. — *K. P. J. R.* Versuch einer Theorie über die Auslegungskunst des Röm. Rechts. Halle 1804. — *K. S. Zachariae* Ver-

such einer allgem. Hermeneutik des Rechts. Meiss. 1805. — *Fr. Schömans* Handbuch d. Civilrechts. I. p. 65—157. — *G. Hufeland* civilist. Abhandl. T. I. Nr. II. p. 1—205. — *J. C. Lange* Versuch einer Begründungslehre des Rechts. §. 57—112. p. 57—112.

1) §. 59. not. 5. Add. *Schöman* l. l. p. 88. not. b.

2) Aequi disputatio, sive ad ea referatur, in quibus JCto a se ipso consilium erit petendum, sive ad singula juris praecepta vitae usui accommodanda, certis concluditur regulis, ea re propositis, ne judicis officium cum legislatoris partibus commisceatur. (§. 45. et infra §§. 64. 65.) Has igitur regulas nonnunquam insuper habebant JCti Romani, ex sola aequitatis utilitatisque ratione nunc nova jura ingerentes, nunc ea, quae certo erant constituta, rejicientes; quorum licentiam cohibuerunt imperatores. L. 1. C. *de legib.* L. 9. *eod.* („Si quid in legibus latum fortasse *obscurius* fuerit, oportet id ab imperatoria interpretatione patefieri, *duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari.*") L. 12. §. 1. *eod.* („Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet — —. Quis *legum aenigmata solvere* et omnibus aperire idoneus esse videbitur, nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est?" Cf. §. 56. not. 5. §. 45. not. 8. 9.) L. 2. §. 21. in f. C. *de vet. jure enucl.* Nov. 115. c. 1. pr. in f. („Si vero aliqua dubitatio judici de aliqua fiat lege, nuntiet ad nostram potestatem, et a nobis expectet causae scriptam declarationem aut interpretationem.") — Cf. *Rapolla* l. l. §. 74. — *Hübner* l. l. p. 157. et 174. nr. 6. — *Schöman* p. 87. not. a. — inprimis *Hufeland* l. l. p. 44—60.

3) *Quinctilian.* instit. orat. I, 4. init.

§. 55.

A. *Quibus ex rebus omnino interpretibus petenda sint praesidia.*

Summa vero subsidiorum, quibus in utraque arte carere non potest interpres, accurata cernitur scripti cognitione, de cujus interpretatione quaeritur. Sunt autem, praeter ea, quae ex omni antiquitatum historiaeque juris cognitione hauriantur, haec fere, ad quae animum attendat potissimum interpres: I) ut de cujusque loci et auctore et aetate [1]) ipsi constet, II) ut veterum JCtorum scholas controversiasque bene norit [2]), tum III) sermonis proprietatem librorum juris satis teneat [3]), nec non IV) formularum usum in jure nostro obviarum probe habeat cognitum [4]). V) Naturam calleat atque indolem singulorum corporis juris Justinianei locorum ac velut membrorum, neque ignarus sit ejus rationis, qua in-

nveſtiget, enuntiata qualia ſint et cuinam quodque ſit tri-
ıuendum, velut, ſintne legum, aut SCtorum, aut edicti,
ıut ſcriptorum notatorum verba, an commentatorum [5])?
um, in diverſorum auctorum ſententiis recenſendis,
ıuaenam aut comprobentur, aut rejiciantur a JCto qui
ıas proferat [6])? itemque illud, utrum pertineant verba
ıd cauſae factique conſtitutionem, an ad juris rationem
int referenda? et quae ex eo genere ſunt ſimilia. Prae-
terea VI) ſcientem oportet eſſe interpretem cum eorum,
quae de jurium collectione inſtituenda deque conſilii ſui
ratione praecepit Juſtinianus, tum, quomodo officio ſibi
demandato functi ſint compoſitores [7]). Multum etiam
ıdjuvabit interpretem VII) ſingulorum inter ſe compara-
tio locorum, quem Parallelismum vocant [8]), tum vero
maxime VIII) inſcriptionum utilitas, quae conſtat potiſ-
ſimum ex tribus his: Primum, ut cujusque loci et aucto-
rem et aetatem et materiam, cui ſit adſignandus, ex-
ploremus; deinde, ut eorum, quae olim inter ſe juncta
erant, nunc vero disſipata atque disjuncta leguntur,
nexus, quoad hoc fieri poſſit, reſtituatur. Tertium eſt,
ut, quae in uno loco omiſſa ſunt, ex altero ſuppleantur,
quaeque ſunt depravata, inſtaurentur atque rectius intel-
ligantur [9]). Denique IX) hoc quoque loco non eſt
praetereundus verſionum, maxime graecarum, in jure
Juſtinianeo interpretando uſus. (§. 13.)

1) *H. Hahn* or. de uſu chronologiae ac hiſtoriar. in jure Rom. Helmſt. 1740. et in *Wielingii* Jurisprud. reſtit. P. II. p. 121 ſqq. — *Chr. Fried. Ge. Meiſter* or. de ſtud. jur. Rom. chronologici diligentius excolendi neceſſitate. (opuſculor. ſyll. — Goett. 1766. — Nr. 11. 12.) — *J. L. E. Püttmann* de ratione aetatis, qua quisque JCtorum veterum, quorum fragmenta Pandectis continentur, vixit, in iis interpretandis habenda; in *ejus* Miſcellaneor. libr. ſingul. (Lipſ. 1793.) c. 23. — *H. E. Dirkſen* üb. die Spuren hiſt. Krit. u. antiquär. Forſchung in d. Schriften d. röm. Jur. (in d. Verſ. z. Krit. u. Ausl. d. Qu. d. R. R. Leipz. 1823. nr. V.)

2) Vid. ſupr. §. 7. not. 12—19.

3) *Barn. Briſſonii* de verborum quae ad jus civile pertinent ſignificatione, ſtud. *J. G. Heineccii* et *J. H. Böhmeri*. Hal. 1743. fol. *Jo. Wunderlichii* additamentor. ad Briſſonii opus volumen. Hamb. 1778. fol. *A. G. Cramer* ſupplementi ad Barn. Briſſonii opus de Verb. ſignif. Spec. I. Kil. 1813. 4. — *J. Gothofredi* Gloſſa-

rium nomicum Codicis Theodoſiani (in Calce edit. Cod. Theod. ab ipſo adorn.) — *Phil. Vicat* Vocabularium jur. utriusque. (ed. 2.) T. I—IV. Neap. 1760. 8. — (Cf. §. 7. not 11.) — Cf. *Hugo* civ. Mag. IV. nr. XI. — V. nr. V, IX, XI, et in argumentor. indice. p. XVII—XXVII. *Dirkſen* Verſuche z. Krit. u. Ausl. d. Qu. d. R. R. nr. II. *Ejusd.* Beitr. z. Kunde des R. R. Leipz. 1825. Abh. I, II et VII.

4) *Dirkſen* Beitr. z. Geſch. d. Formelweſens bei den Römern (in d. Verſ. z. Krit. u. Ausl. d. Qu. d. R. R. nr. I.).

5) *Rapolla* l. l. §. 44. — *Car. Traug. Kreyſſig* de auctorum et commentatorum verbis in Digeſtorum interpretatione diſtinguendis obſervationes. Lipſ. 1817. 4.

6) *Rapolla* l. l. §. 45—47. 47—49. Cf. infra §. 66. nr. 5. et ibi laudd. ſcriptor.

7) Cf. ſupr. §. 11. nec non *Hufelandi Blumiique* ſcripta in nota fin. §. 10. citt.

8) *Eckhard* l. l. §. 15.

9) Cf. *Labitti*, *Brencmanni*, *Reinoldi*, *Brunquelli*, *Eckhardi* atque *Walchii* ſcripta in not. ** ad §. 10. citt. Cf. *Auctoris* Lehre von der Ceſſion d. Forderungsrechte. §. 54. not. 56.

§. 56.

B. *Singulatim* 1. *De iis, quae proxime ſpectant ad artem criticam* *). *Propria hujus artis ſubſidia.*

Criticum inprimis ſcire oportet ea, quae in juris Juſtinianei aut partibus diſtinguendis aut ſingulis locis reſtituendis praeſtiterint recentiores JCti [1]), tum vero maxime notitiam habere et Codicum mmss. [2]) et librorum typis evulgatorum [3]), certe praeſtantiorum, ut quaenam cujusque ſit aetas, quae virtutes, quid alter alteri praeſtet, intelligat. Qui vero Codicibus manu exaratis aliquo cum fructu uti volet, is nec hoſpes ſit in ea arte, quae in exquirenda ſcripturae ratione cujusque aetatis propria verſatur, quo in genere et illud quaeritur: quibus ſcribendi compendiis uti, tum, quomodo ſingula verba enuntiationesque diſtinguere ſoliti ſint librarii [1]). Similiter quae propria ſunt librorum impreſſorum, non ignorare neceſſe habet interpres, velut haec: quo quisque editor conſilio in editione ſua adornanda, quibus Codd. manuſcriptis et quomodo uſus ſit, item illud, num ex aliis quidquam petierit ſuumque quaſi fecerit, tum, quam rationem et in comprobandis et in rejiciendis

lectionibus secutus sit, denique quales adhibuerit notas, tum ut librorum lacunas indicaret, tum ad ea significanda, quae sibi aut redundare visa sunt, aut ab aliena manu adsuta, aut omnino esse falsa ac subdititia [5]). Neque vero ex sola aetate de libri alicujus, vel scripti vel impressi, pretio atque auctoritate statuendum erit, quippe de quo argumentis aliunde depromtis constet necesse est.

*) *Guil. Best* ratio emendandi leges Pandectar. Florentinar. auctoritate. (ed. *Jo. Wendel Neuhaus* Lips. 1745.) c. I. — *Eckhard* l. l. cap. 2. — *P. J. A. Feuerbach* Grundlin. zu einer Theorie d. jurist. Kritik u. Beantw. d. Frage: ist die Kritik dem Praktiker brauchbar? (civilist. Vers. — Giess. 1803. — Nr. III. p. 81—134.) Cf. *Thibaut* Versuche. I. Nr. 16. et log. Interpret. §. 44.

1) Vid. supr. §. 17. 18.

2) Cf. *Brencman* historia Pandectarum. Lib. III. c. 2. p. 245—260. — *Eckhard* l. l. §. 85. p. 107—114. — *Spangenberg* Einleitung. p. 492—570.

3) Vid. supr. §. 23.

4) Vid. scriptores de arte diplomatica et inter eos potissimum: *J. Mabillon* de re diplomatica, ed. 3. T. I. II. Neap. 1789. fol. — *Jo. Christph. Gatterer* elementa artis diplomat. universalis. Vol. prius. Goett. 1765. 4. (inprim. §. 1—228.) — *C. T. G. Schönemann* Versuch eines vollst. Systems d. allgem. besonders älteren Diplomatik. Vol. I. II. Hamb. 1801. 1802. (inprim. Vol. I. §. 107—168. Vol. II. §. 169—192.)

5) *Phil. Friedr. Weis* Etwas über die im Text der Pandekten vorkommenden Zeichen, namentl. die Russardsche Note. Marb. 1793. 4.

§. 57.

Tralatitia quaedam de arte critica praecepta.

Dividunt artem criticam in superiorem, ut ajunt, atque inferiorem. Illam vocant, qua de scripti auctore quaeritur, velut sitne illud ei tribuendum, cujus praeferat nomen, an spurium sit subdititiumque? quo etiam ea referenda videtur hujus studii pars, quae est de interpolationibus detegendis revelandisque [1]). Inferior est, quae in depravatae scripturae vitiis horumque emendatione versatur. Cujus duae sunt formae. Una, quae sola librorum, aut manu exaratorum aut impressorum comparatione nititur, scilicet in contextum transferendo ex

variis lectionibus eas, quas aut liber authenticus, si quis est, suppeditat, aut is, a quo reliqui, quorum inspiciendorum sit opportunitas, tamquam exempla descripti sunt, aut de cujus majori fide aliunde certo constat. Altera est forma, quae conjecturis maxime nititur, cujus itidem plures distinguendi sunt gradus. *Primus* est, e lectionum copia atque varietate optimas quasque eligere, nulla habita majoris auctoritatis ac fidei ratione, quibus inter ceteros hic, ille liber excellat. Quod ut recte judicetur, haec esse observanda videntur: 1) ut reliquis anteponatur ea lectio, quae, ut orationis perspicuitati ac rei, de qua agitur, naturae, ita et auctoris ingenio temporumque rationi magis esse conveniens appareat, tum vitiis scriptum eximat; 2) ut e duobus verbis, quorum utrumque aeque sit admittendum, id potissimum accipiatur, quod a communi atque vulgari usu plurimum recedit [2]). *Alter* hujus conjecturalis doctrinae gradus in regularum, quae de recte legendis Codicibus manuscriptis proponuntur, usu continetur, quatenus scilicet ad emendanda librorum impressorum vitia adhibendae sunt. Quod quidem critici munus duabus his potissimum rebus cernitur, altera, quae in singulis et syllabis, et verbis, et enuntiationibus apte congruenterque aut distinguendis aut conjungendis, altera, quae in siglorum, geminationum [3]), aliorumque scripturae compendiorum explicatione vertitur. Qua in re inprimis interpreti cavendum, ne suo velut jure tale quid affingat librariis, neu minime usitatis illos esse usos statuat scribendi figuris, nisi ejus rei certissima adsint vestigia [4]). *Tertius* est gradus, cum ex meris conjecturis argumenta ducuntur. Cui ut omnino locus relinquatur, necesse est, primum, ut scripturae aliquod vitium adesse [5]), tum, quanam ex causa illud profectum sit, solidis rationibus commonstretur, deinde, quibus modis fieri possit emendatio, doceatur, denique efficiatur, ut, quam sit apta emendatio proposita ad vitium tollendum, quamque conveniat et auctoris consuetudini et temporum rationi, appareat.

1) Vid. supr. §. 11. not. 16. Cf. *Eckhard* l. l. Lib. I. c. VI.
2) Exempl. vid. in *Hugon.* Rechtsgeschichte. p. 329 sq. (ed. IX.)
3) De geminationum in legibus emendandis usu v. inprimis *Best* l. l. c. XI sqq. — *Cramer* kleine kritische Bemerkungen; in der Zeitschrift für histor. Rechtswissensch. I. Nr. XII.
4) Quasi geminationum, ut vocant, exempla satis multa habet *Best* l. l. c. XV sqq.
5) Quam caute sit agendum, ne temere ad lectionis emendationem procedamus, e specie quadam insigni, apud *Gellium* (I. 7.) proposita, intelligi poterit.

§. 58.

2. *Legum interpretandarum ars ratioque.* — *a) Artis divisio.*

Licet omnis interpretatio in orationis eruenda sententia versetur, duplex tamen hanc in rem ineunda esse videtur via atque ratio. Una, qua, quid scriptum dictumque sit, ex ea, quae per se verbis inest significatione, tum ex orationis structura atque connexione definiatur. Altera, quae ad voluntatis quaestionem referenda est, tum vero maxime in legis ratione et exquirenda et ponderanda versatur. Vocant illam *grammaticam*, hanc *logicam* interpretationem [1]. Quamvis autem ea, quae a grammatica ratione ducitur, omnis interpretationis est caput ac fundamentum [2], adeoque ubi verborum sententia probari potest et verba nullam habent ambiguitatem, a sensu literali standum est, nec ulla voluntatis conjectura admittenda [3], tamen, quoniam ex imbecillitate humana linguarumque penuria saepius fit, ut scribentium voluntates minus plene ex sola verborum interpretatione capiantur, illud efficitur, quod quibusdam valde abhorrere a vero videtur [4], ut grammatico interpretandi generi alterum adjungi, quod ad voluntatis conjecturam potissimum pertineat, necesse sit [5]. Multo vero minus de eo licebit dubitari, scilicet verbis utique sententiam legis ante esse ponendam [6]: nam prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis [7]. Caeterum, cum usu quidem duae hae interpretandi formae plerumque inter se sint aptae alteraque in alteram implicata, genere tamen atque doctrina eas esse diversas, id, qui

modo diligenter utriusque naturam cognoverit, facile intelliget.

1) *Thibaut* logische Auslegung. §. 8. — Quocum nomine quidem dissentiunt, re ipsa consentiunt *Hübner* l. l. §. 12. et *Lange* §. 44. — De aliis quae quondam a JCtis recentioribus circumferebantur interpretandi formis (velut *dialectica*, *rhetorica*, *historica*, *poetica*, *arithmetica*, *geometrica*, *physico-medica*, etc.) vid. *Forster* l. l. Lib. I. c. 8 sqq.

2) *J. A. Ernesti* pro grammatica interpretatione (opusc. philolog. crit. Lugd. Bat. 1764. p. 219 sqq.).

3) *Cic.* de invent. II, 44. („Cum scriptum aperte sit, — judicem legi parere, non interpretari legem oportere.") L. 1. §. 20. D. *de exercitoria actione.* XIV, 1. („In re dubia melius est, verbis edicti servire.") — L. 25. §. 1. D. *de legat.* 3. („Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.") L. 69. pr. *eod.*

4) Sunt enim, qui omnem interpretationem esse grammaticam contendant, velut *Ernesti* l. l. *Bach* unparth. Kritik üb. jurist. Schriften. Bd. II. St. I. p. 9. — Cf. *Wenck* jurist. Encyklopädie. §. 157. — Contra vero *Schoemanus* non esse interpretationem opinatur, nisi logicam, l. l. p. 87.

5) Hinc est, quod toties scripti ac voluntatis controversiae apud *Ciceronem*, *Auctorem ad Herennium* aliosque veteres scriptores mentio injicitur. Cf. *Quinctil.* inst. or. XII, 2. („quaestio juris omnis aut *verborum proprietate*, aut aequi disputatione, aut *voluntatis conjectura* continetur.") — L. 96. D. *de reg. jur.* („In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.") — L. 6. §. 1. D. *de V. S.* „verbum *ex legibus* sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis."

6) *Cicero* or. pro Caecina (per tot. inprim. c. 18—22.). — *Auct. ad Herenn.* II, 10. („dicemus, calumniatoris esse officium, verba et literas sequi, negligere voluntatem.") — *A. Gellius* noct. att. XI, 12. („nec aliud dici videri debet, quam quod se dicere sentit is, qui dicit.") — L. 17. D. *de legib.* („Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.") — L. 19. D. *ad exhibend.* X, 4. („— non oportere jus civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire.") L. 13. §. 2. in m. D. *de excusat.* XXVII, 1.

7) L. 7. §. 2. D. *de suppellectile legata.* XXXIII, 10.

§. 59.

b. Orationis obscuritas.

Scripti obscuritas aut ex scribentium errore nascitur, aut ex verborum positu [1]), aut ex usu verborum obsoletorum, barbarorum, incognitorum, aut ex eo, quod oratio sit indefinita, denique ex verborum vel singulo-

rum vel conjunctorum ambiguitate [2]). Indefinitam vocamus orationem, quae, nulla licet verborum ambiguitate intercedente, certis tamen limitibus non eſt determinata, velut eam, quae aut ad diverſas res perſonasve trahi poterit, aut in quantitate, numero, tum etiam in tempore habet aliquid ambigui [3]). Amphiboliarum autem tria ſunt genera, unum quod ambitu, alterum quod verborum proprietate, tertium quod uſu definitur. Ambitu, ſi idem vocabulum et ad genus et ad ejusdem generis ſpecies pertinet [4]). Verborum proprietate ita, ut propriae ejusdem vocis ſignificationes ab impropriis ſ. translatis diſtinguantur [5]). Uſu item dupliciter. Nam aut loquendi conſuetudo vulgaris, i. e. omnium communis, discernitur a ſingulari, ſeu propria alicujus vel perſonae vel diſciplinae [6]), aut magis uſitatae et velut legitimae verbi ſignificationes ab his ſeparantur, quae minus ſunt in uſu [7]).

1) Exempl. vid. ap. *Ciceron.* de invent. II, 40. „Heres meus uxori meae vaſorum argenteorum pondo centum, *quae volet*, dato." Cf. *Auct. ad Herenn.* I, 12. — L. 13. pr. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. „Sejo *cum ducentis*, *quae apud eum depoſui*, *trecenta* lego." L. 52. §. 7. D. *de leg.* 3. („— libros bibliothecam non ſequi.") L. 9. *de alim. et cibar. legat.* XXXIV, 1. („eos alere te volo.") Cf. *Radulph. Fornerii* rer. quotidianar. Lib. IV. c. 17. (in *Otton.* theſauro. II. p. 242.) *Zachariae* lib. quaeſtion. Qu. 5.

2) *Quinctil.* inſt. or. I, 5. VIII, 2. et inprim. de amphibol. VII, 9. Cf. *A. Gellius* noct. att. XI, 2.

3) Exempl. vid. in L. 23. D. *de S. Pr. urb.* VIII, 2. L. 21. §. 1. D. *qui teſt. fac. poſſ.* XXVIII, 1. L. 39. §. 6. D. *de legat.* I. Nov. 107. c. 1. (verb.: *coram teſtibus.*)

4) Velut: *actio* (L. 37. pr. D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 178. §. 2. D. *de V. S.*); *familia* (L. 195. §. 2. *eod.*); *pecunia* (L. 222. *eod.*); *adoptio* (L. 1. §. 1. D. *de adopt.* I, 7.) etc.

5) Velut: *familia* (L. 195. §. 1. D. *de V. S.* „familiae appellatio et *in res deducitur*"); *uſurpare*, *poſtulare*, aliaque, quae ſimul cum iis, quae JCtis fuerunt propria, plenius cognoſcentur ex *Duktro* (opuſc. de latin. JCtor. vet. inprimis p. 318 ſqq.) et *Eckhardo* l. l. §. 112.

6) Eſt tamen nonnumquam *impropria* ſignificatio vulgaris, velut *poſſeſſionis* vocabulum, pro *proprietate.* L. 78. D. *de V. S.*

7) Aeque uſitatarum ſignificationum exempla vid. in L. 204. et 215. D. *de V. S.* L. 52. §. 7. 8. D. *de leg.* III.

§. 60.

De grammatica interpretatione summatim praecipitur *).

Generatim autem ad orationis obscuritatem tollendam haec esse praecipienda videntur, primum, ut antecedentium et consequentium connexionis diligens ratio habeatur [1]), deinde loca, quae vocantur parallela, sedulo comparentur, tum animus attendatur ad ea, quae aut disciplinae, de qua quaeritur, aut scriptori, aut aetati, aut loco, aut iis, quibus quid scriptum sit, conveniant [2]), denique sibi persuasum habeat interpres, a regulis loquendi scribendique communibus praeter necessitatem non recessisse legislatorem. Cui consequens est, 1) ut ex variis verbi significationibus, per se quidem aeque probabilibus, ea potissimum accipiatur, qua magis inter se sint apta singula orationis verba enuntiataque, magisque conveniant iis, quae alibi proponuntur [3]); 2) significatio propria anteponatur translatae, itemque vulgaris singulari [4]), nisi aut impropria in ea re, de qua agitur, haud dubie velut propria recepta sit, aut de alia vel scriptoris vel loci consuetudine certo constet [5]). Praeterea 3) non curet interpres grammaticus significationes singulares ejusmodi, quae per certam atque determinatam vim ac potestatem, quae inest vocabulis, tribui his plane nequeunt [6]). Denique 4) generalior vocabuli sensus praeferendus est specialiori [7]), nisi hic vel usitatior sit [8]), vel verborum sententiarumque juste inter se nectendarum rationi magis conveniat. Atque idem de propositione indefinita dicendum esse videtur, scilicet ut pro generali sit habenda [9]), nisi inextricabilis inde emergat dubitatio, quae vel omnem impediat interpretationem [10]), vel non sinat, ut intra certos fines concludatur oratio [11]). Quodsi igitur harum regularum usu aut non commodus sensus erui potest, aut verborum ambiguitates tolli nequeunt, tum aliunde interpretandi rationem esse petendam judicabimus.

*) *J. H. Böhmer* de interpretationis grammaticae fatis et usu vario in jure Rom. (praem. *Brissonii* de Verb. signif. operi.)

1) *Cic.* invent. II, 40. („Deinde ex ſuperiore et ex inferiore ſcriptura docendum, id, quod quaeratur, fieri perſpicuum. Quare ſi ipſa ſeparatim ex ſe verba conſiderentur, omnia, aut pleraque, ambigua viſum iri.") L. 24. D. *de legib.* „Incivile eſt, niſi tota lege perſpecta, una aliqua particula ejus propoſita, judicare, vel reſpondere."

2) L. 50. §. 3. D. *de legat.* I. Cf. *A. Gellius* XI, 2. — *Erneſti* opuſc. phil. crit. p. 9.

3) L. 19. D. *de legib.* („In ambigua voce legis ea accipienda eſt ſignificatio, quae vitio caret.") Cf. §. 62. not. 7. 8.

4) *Cic.* l. l. („— demonſtrandum eſt, non eſſe ambigue ſcriptum, propterea quod omnes in conſuetudine ſermonis ſic uti ſolent eo verbo uno, pluribusve in ea ſententia, in qua is, qui dicet, accipiendum eſſe demonſtrabit.") Cf. L. 52. §. 4. 5. 6. D. *de legat.* 3. L. 7. §. 3. D. *ad Sct. Mac.* XIV, 6.

5) L. 9. pr. D. *de tritico, vino v. oleo leg.* XXXIII, 6. L. 3. §. 5. D. *de ſuppellectile leg.* XXXIII, 10.

6) L. 7. §. 2. D. *de ſupell. leg.* („Servius fatetur, ſententiam ejus, qui legaverit, aſpici oportere, in quam rationem ea ſolitus ſit referre: verum *ſi ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere eſſent* — ſupellectili quis adſcribere ſolitus ſit, non idcirco exiſtimari oportere, ſupellectili legata, ea quoque contineri: *non enim ex opinionibus ſingulorum, ſed ex communi uſu nomina exaudiri debere.* — — non a Servio diſſentio, non videri quemquam dixiſſe, cujus (al. *qui*) non ſuo nomine uſus ſit: *nam etſi prior ac potentior eſt, quam vox, mens dicentis, tamen nemo ſine voce dixiſſe exiſtimatur.*") — L. 3. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. („— qui aliud dicit quam vult, neque id dicit, quod vox ſignificat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.")

7) L. 1. §. 3. D. *de aleator.* XI, 5. L. 8. D. *de auro, argento etc. legatis.* XXXIV, 2. L. 220. §. 1. D. *de V. S.* — Hinc proverbium iſtud decantatum: *Lege non diſtinguente nec noſtrum eſt diſtinguere.*

8) Velut in L. 7. §. 3. *ad Sct. Mac.* („verba videntur mihi ad *numeratam pecuniam* referri; ait enim Senatus: mutuam *pecuniam* dediſſet.") L. 195. §. 2. D. *de V. S.*

9) L. 23. D. *de Serv. pr. urb.* VIII, 2.

10) Velut in exemplis quae L. 21. §. 1. D. *qui teſt. fac. poſſ.* XXVIII, 1. et L. 59. §. 6. D. *de legat.* I. proponuntur.

11) e. gr. in L. 3. D. *ſi pars heredit. petat.* V, 4. Nov. 107. c. 1.

§. 61.

c. *Comparatio verborum et ſententiae, hujusque ipſius notio.*

Legis ſententia vel latior eſt verborum ſenſu, vel anguſtior, vel ab eo non diſcrepat. Si latior eſt, ſenſus literalis producitur, quam dicunt interpretationem extenſivam. Sin anguſtior, reſtringuntur verba, i. e. ad ſententiam revocantur, unde interpretatio reſtrictiva ap-

pellata. Quodsi haud discrepare legis sententiam a scripto appareat, tum aut nihil in lege inesse dubitationis dicemus, aut quomodo sint resolvendae verborum et singulorum et conjunctorum ambiguitates ostendemus, aut, quae singulorum enuntiatorum sit propria indoles explicabimus, et cuinam quodque tribuendum auctori (§. 55. Nr. IV.). Constat autem sententia s. mens [1]) legis ex his duobus, primum, argumento legali, eoque, quod ex hoc aptum pendet, deinde scripti ratione, quodque huic est consequens. Argumentum legale vocamus juris praeceptum, de quo sanciendo cogitavit legislator. Legis autem rationem intelligimus principium illud, e quo, tamquam e lege quadam superiore, lex aliqua profecta est; cui plerumque respondet legislatoris consilium, quod sibi proposuerat consequendum [2]). Neque vero cum his commiscendae sunt ejusmodi rationes, quibus in singulis causis dijudicandis usi sunt juris nostri auctores, quippe quae in praeceptorum juris numero merito habendae sint [3]). Jam igitur duplex erit rationis legis in legibus interpretandis usus. Alter, qui in argumento legali eruendo itidem versatur, tantum valet, quantum aliae conclusiones, quibus colligimus cogitationes, quas cum verbis suis conjunxerit legislator. Alter vero, quo, quid ultra conveniat legis rationi, intelligitur, quoniam latissime patet, suis certis ac propriis cancellis circumscribatur necesse est, ne legislatoris quodammodo partibus fungatur JCtus, tum evertendo legem, quam, si sibi consentaneus fuisset legislator, sic non instituisset, tum alia ex aliis in infinitum ratiocinando. Quodsi ab hisce limitibus discesseris, simile quoddam apparebit discrimen inter hujusmodi ratiocinationes et argumentum legale, quale inter sententiam legis intercedit ac scriptum, siquidem ratiocinando saepius efficitur, ut illud ipsum juris praeceptum aut dilatetur, aut impediatur et velut cancellis circumscribatur.

1) L. 52. §. 16. D. *de don. int. vir. et uxor.* XXIV, 1. L. 47. D. *sol. matrim.* XXIV, 3. L. 30. §. 4. D. *de fideicommissar. libertatib.* XL, 5. Cf. *Brisson.* de V. S. voce *mens.* §. 4.

2) De variis hujus vocabuli significationibus v. *Thibaut* l. l. §. 16. *Hufeland* l. c. p. 15 — 25.

3) Arg. *Ciceronis* or. Philipp. IX. c. 1. in f. („Non exempla majorum quaerenda, sed consilium est eorum, a quo ipsa exempla nata sunt, explicandum.") Cf. §. 45. et §. 67. nr. 1. — Caeterum nihil mutatur legis rationis, quae proprie dicitur, natura, sive in ipsa lege exposita, sive argumentis aliunde adsumtis eruenda sit, itemque, sive regula sit ejusmodi, quae ipsa ut juris praeceptum sanciri potuisset atque constitui, sive ex personarum aut rerum conditione naturali petita, quo ex genere supra (§. 44. not. 3.) exempla quaedam prolata sunt, quibus addenda L. 9. §. 2. D. *de contrah. emt.* XVIII, 1.

§. 62.

d. *Quomodo argumentum legale constituendum sit atque explicandum, α) generatim quaeritur.*

Omnino, ubi voluntatis interpretationem desiderant leges, id primum videamus, num animi sui sententiam alio loco significaverit legislator, sin minus, conjecturis, quid ille senserit, assequendum erit. Conjecturae autem capiendae sunt a causa [1]), a persona [2]), a loco [3]), ab eo, quod plerumque fieri solet [4]), a temporibus [5]), ab antecedentibus et consequentibus [6]), a similibus [7]), maxime vero a legibus prioribus [8]), a contrariis, denique ex legis ratione consilioque legislatoris. Quaecunque igitur ex his efficiuntur, ea perinde valebunt, atque si aperte de iis cautum esset lege, nisi quis, ipsum argumentum legale relinquens, id dumtaxat defendat, quod legis rationi consentaneum est. Inprimis autem, qui sententiam defendet contra scriptum, his duobus potissimum utetur argumentis, quae quidem eo nituntur, quod prudenter omnia ac circumspecte legislator scripsisse existimatur [9]). Atque *primum* est, ut ejus, quod constitutum est, in re contraria contrarium quoque voluisse legislatorem statuamus, quod argumentum a contrario vocant. Ex quo pendent regulae hae, altera: „cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat" [10]); altera: exceptio firmat regulam in causis non exceptis [11]), quae quidem regula, maxime in jure Justinianeo interpretando, non sine cautione adhibenda

est [12]). *Secundum* est in eo positum argumentum, ut nihil absurdi, nihilque, quod voluntati atque consilio legislatoris manifesto adversetur, admittamus. Unde haec colligi poterunt: 1) ut, quae in alicujus commodum introducta sunt, ne ad ejusdem incommodum trahantur [13]), et vicissim, ut ne melior ejus conditio reddita esse videatur, cujus ad incommodum quid statutum est [14]); 2) ut, quod in causa aliqua cui concessum est, ideo non minus concessum videri possit, quod huic causae alia etiam atque major adeo accedat [15]); denique 3) ut ea quoque, quamvis de iis nihil aperte dictum sit, quibus non adscriptis res, de qua agitur, consiliumque legislatori propositum, ad effectum perduci nequeat, pro cautis habeantur atque praescriptis [16]), ex quo etiam illud aptum est, ut ne quis verba legum aucupando legislatoris voluntati illudat [17]).

1) *Cicero* invent. II, 40. in f. Cf. *Rapolla* l. l. §. 66.

2) *Cic.* l. c. („Deinde qua in sententia scriptor fuerit, ex ceteris ejus scriptis, factis, dictis, animo atque vita ejus sumi oportebit.") L. 168. §. 1. D. *de reg. jur.* („Quod factum est, cum in obscuro sit, ex affectione cujusquam capit interpretationem.") L. 27. D. *de condit. et demonstrat.* XXXV, 1.

3) L. 54. D. *de reg. jur.* L. 21. §. 1. in f. D. *qui test. fac.* XXVIII, 1. (vid. not. 6.)

4) L. 114. D. *de reg. jur.* L. 41. pr. D. *de V. O.* XLV, 1. L. 28. §. 5. D. *de judic.* V, 1. L. 3. D. *si pars hered. petatur.* V, 4.

5) *Cic.* de invent. II, 41. in f. et 42.

6) L. 24. D. *de legibus.* *Gaji* inst. III. §. 218. §. 15. J. *de lege Aquilia.* („Ac ne *plurimi* quidem verbum adjicitur. Sed Sabino recte placuit, perinde habendam aestimationem, ac si etiam plurimi verbum adjectum fuisset; nam plebem Romanam — contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa est.") L. 21. §. 1. in f. D. *qui testam. fac.* XXVIII, 1. („— conjectionem fieri — vel *ex vicinis scripturis*, vel ex consuetudine patrisfamilias, vel regionis.") L. 15. C. *de fideicommiss.* VI, 42.

7) *Quinctil.* inst. or. VII, 6. („Fieri tamen potest, ut ex aliis legibus exempla ducamus, per quae appareat, semper stari scripto non posse.") Cf. *Cic.* or. pro Caec. 19. Quod argumentandi genus appellatur inductio. *Cic.* invent. I, 31. Top. 10.

8) L. 55. pr. C. *de inoff. test.* III, 28. L. 18. in f. C. *de testib.* IV, 20. — Hinc paroemiae: lex posterior ex antiquiori, — lex particularis ex communi jure interpretanda est.

9) L. 1. §. 2. D. *quod quisque jur. in alter.* II, 2. („*Verba — cum effectu accipimus*, non verbotenus.")

10) L. 22. D. *de legib.* — Exemplum vid. in *Cic.* or. Philipp. VIII. c. 11. in f. — Cf. Glossa ad L. 22. cit. *Ant. Muretus* ad eund. loc. (in *Ottonis* thes. IV. p. 191.) *H. Donellus* l. l. I, 14. §. 4. — *Corn. v. Bynkershoek* obs. jur. Rom. Lib. VIII. c. 55. nr. 2.

11) *Cic.* or. pro Balbo. c. 14. („Quodsi exceptio facit, ne liceat, ibi necesse est licere, ubi non est exceptum.") — L. 1. pr. D. *de his qui sui vel alieni jur.* I, 6. L. 1. pr. D. *de officio ejus cui mandata est jurisdict.* I, 21. L. 18. D. *de testib.* XXII, 5. („Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere.") L. 12. §. 43. D. *de instr. vel instrum. legat.* XXXIII, 7. L. 8. D. *de accusat.* XLVIII, 2.

12) *Auctoris* Diatr. im Archiv für civilistische Praxis. II. p. 427. 428.

13) L. 25. D. *de legib.* („Nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut, quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.") L. 2. D. *de lege commissoria.* XVIII, 3. L. 3. §. 5. D. *de carbon. edicto.* XXXVII, 10. L. 19. in f. C. *de fide instrument.* IV, 21. Cf. *H. Donellus* l. l. I, 13. §. 10.

14) L. 1. §. 4. D. *de publicanis.* XXXIX, 4. L. 7. §. 21. D. *de interd. et rel.* 48. 22.

15) L. 13. §. 2. D. *de excusat.* XXVII, 1.

16) Arg. L. 2. D. *de jurisdict.* II, 1. Pr. J. *de hered. inst.* II, 14. L. 56. L. 62. D. *de procur.* III, 3. L. 3. §. 3. D. *de servit. praedior. urban.* VIII, 5.

17) Cf. §. 46. not. 8. Add. L. 7. §. 5. D. *ad Sct. Macedon.* XIV, 6. Cf. *H. Donell.* l. l. I, 14. §. 5.

§. 63.

β) *Singulatim de legum aut ambigue aut indefinite scriptarum interpretatione* *).

In verborum aut singulorum aut conjunctorum ambiguitate, tum etiam orationis indefinitae obscuritatibus haec maxime observanda sunt interpreti, primum, ut accommodate ad legem antiquiorem intelligat posteriorem (§. 62. not. 8.), deinde, ut is sensus praeferatur, qui juris communis rationi magis conveniat [1]), neque ab aliis legibus dissideat [2]), tum is, qui et rei, qua de quaeritur, aptior sit [3]), et ad vitae consuetudinem usumque hominum communem propius accedat (§. 62. not. 4.), praeterea ex pluribus sententiis ea accipiatur, qua res, de qua agitur, valeat magis quam per-

eat[*]), denique benignior interpretatio anteferatur feveriori [5]).

*) *H. Donellus* l. l. c. 15. maxime inde a §pho 6.

1) a) *Auctoris* Cession der Forderungsrechte. p. 321—24. p. 529. 530. (ed. 2.) (L. 2. C. *de luit. pignor.* VIII, 31. Coll. ad L. 1. *eod.*) — b) L. 10. D. *de jure fisci.* XLIX, 14. („Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.")

2) C. *tanta.* §. 15. Nov. 58. c. 1.

3) L. 67, D. *de reg. jur.* („Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est.") L. 19. D. *ad exhib.* X, 4. Sic etiam in C. C. C. art. 125. strictior vocis *Brenner* significatio est anteponenda. — Cf. *Rapolla* l. l. §. 66.

4) L. 19. D. *de legib.* L. 12. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. („Quotiens ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat.") Cf. *Jos. Averanii* interpr. jur. Lib. V. c. 10.

5) L. 18. D. *de legib.* („Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.") L. 56. *de reg. jur.* („Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.") L. 90. *eod.* L. 40. pr. *de hered. pet.* V, 3. L. 10. §. 1. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. L. 42. D. *de poenis.* XLVIII, 19. („Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae.") L. 155. §. 2. D. *de reg. jur.* Cf. *H. Donellus* l. l. c. 15. §. 11. 12. *Rapolla* l. l. §. 69. 70.

§. 64.

e. *De his quae legis rationi conveniunt.* — *α) Analogia.*

A scripto ad id, quod nuspiam scriptum est, pervenimus dupliciter. Uno modo, cum non satis lege esse cautum dicimus id, quod exprimi voluit legislator, altero, cum in ipso non consistimus argumento legali, sed ratiocinationibus ad similia prolabimur [1]), quam quidem *analogiam* vocant [2]). Quae licet ad voluntatis quaestionem et ipsa quodammodo pertineat (§. 42.), tamen uterque concludendi modus eo inter se differt, quod superiore illo legislatoris voluntatem, quasi involutam, non nisi explicamus (§. 62.), contra vero analogiâ praeter legis argumentum novi aliquid inducimus, ideo quod id quoque voluisse legislatorem probabile sit; quae quidem res est et discriminis et cautionis plenissima (§. 61.). Est autem duplex analogiae genus, inter se ipsum tamen

conjunctissimum. Unum, cum legis argumentum ad similes causas transferimus [3]; alterum, cum argumento legali simile quoddam adjungimus, cui eodem modo legis ratio conveniat [4]. Atque in utrumque hocce genus convenit tritum illud sermone proverbium: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.* Neque vero sola causae alicujus cum ratione legis convenientia sufficit, ut ad similia procedatur, nisi in ipsis rerum argumentis insit similitudo et quasi quaedam cognatio, ut non possit non par aut simile jus in utramque convenire causam, et eam, quae lege continetur, et quae ab illa inducitur per ratiocinationem [5], nec praeterea quidquam aut incommodi aut impedimenti legis rationis usus in aliis quoque causis habeat [6]. Quodsi haec omnia concurrunt, lex, de qua quaeritur, una cum suis exceptionibus, ad similem causam transferetur [7]. Caeterum quae in pari ratione inest vis, ea insit etiam oportet in majori atque fortiori, si qua est in causa simili [8]. Quemadmodum autem analogiae usum prohibere potest legislator [9], sic tacita quaedam prohibitio inest in iis legibus, quas ad alias causas trahi, quam quae in ipso argumento legali contineantur, non est versimile voluisse legislatorem. Cujusmodi sunt leges novellae, ex parte tantum antiquioribus derogantes [10], tum vero maxime, quae contra tenorem communis juris introducuntur [11]; quibus simillimae sunt leges, quae hominum libertatem naturalem praeter societatis civilis necessitatem impediunt atque coarctant (§. 44.). De eo autem, possintne leges poenales ad similia trahi? necdum inter omnes constat [12].

1) *Cicero* or. pro Caecina. c. 21. („Omnibus in causis idem valebit, in quibus perspicitur una atque eadem causa aequitatis.") *Cic.* Top. 4. („Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat.") L. 10 — 13. D. *de legib.* „Neque leges neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur; — et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione, aut constitutione principis certius statuendum est. — Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere debet.

Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri." — Cf. *Rapolla* l. l. §. 89.

2) Accommodate ad veterum etymologiam. Vid. *Varro* de lingua lat. h. v. (in *Gothofredi* auctor. lat. ling. p. 99 sqq.) et *Isidorus* orig. Lib. I. c. 27. (ib. p. 840.). *Quinctilian.* inst. or. I. („Analogiae haec vis est, ut id, quod dubium est, ad aliquid simile, de quo non quaeritur, referat, ut incerta certis probet.") *Gellius* noct. att. II, 25. („Ἀναλογία est similium similis declinatio, quam quidam latine proportionem vocant.") — A qua quidem verbi notione nonnulli deflectunt, quorum opiniones recensuit *Thibaut* l. l. §. 28. Add. *J. C. F. Meister* Vorerkenntnisse u. Instit. des positiven Privatrechts. (Züllich. 1810.) §. 164., qui, post alios, analogiae vim in legum similium argumentis comparandis earumque communi, si qua est, ratione eruenda, positam esse censet.

3) Exempla occurrunt in *Ulp.* Fr. Tit. XI. §. 3. 5. Tituli Inst. *de legitima patronorum tutela.* I, 17. et *de legitima parentum tutela.* I, 18. — L. 7. §. 2. D. *de jurisdict.* II, 1. L. 34. §. 7. D. *de contr. emt.* XVIII, 1.

4) Exempli loco sint: L. 16. D. *de sponsalib.* XXIII, 1. L. 47. D. *soluto matrimon.* XXIV, 3. — L. 10. D. *de reg. jur.* Cf. §. 45. not. 6. Add. §. 3. J. *de emt. vend.* verb.: „Nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est."

5) L. 2. §. 29. D. *ad Sct. Tertyll.* XXXVIII, 17. „Quid? si curatores non petiit? verba rescripti deficiunt, sed dicendum est, *siquidem impuberibus curatores non petiit, eandem esse rationem: si jam puberibus, cessare debere.*"

6) Unde sponte intelligitur, quid de legis Rhodiae in aliis causis usu statuendum sit. Vid. *Voet* Pand. XIV, 2. §. 18. *Thibaut* l. l. p. 81.

7) L. 32. §. 16. D. *de donat. int. V. et U.* XXIV, 1. (*verb.*: „nam quae ratio donationem prohibuit, eadem beneficium datum *implorabit.*" Cf. not. 22. edit. *Geb. Sp.* ad h. l.)

8) *Cic.* Top. 4. („Quod in re majore valet, valeat in minore; item contra: quod in minore valet, valeat in majore.") *Quinctil.* VII, 8. („In hoc genere haec quaeruntur: an, quoties propria lex non est, simili sit utendum, an id, de quo agitur, ei, de quo scriptum est, simile sit. *Simile autem et majus est, et par, et minus.*") — L. 21. D. *de reg. jur.* („Non debet cui plus licet, quod minus est non licere.") L. 26. L. 110 pr. L. 163. L. 165. *eod.* — *Gaji* instit. III, 76. L. 32. pr. D. *ad Leg. Aquil.* IX, 2. L. 22. §. 3. D. *ad Leg. Jul. de adulter.* XLVIII, 5.

9) V. c. L. ult. C. *de revoc. donat.* VIII, 56. Nov. 115. c. 5. — Quae quidem prohibitio non impedit, quo minus pleno sensu atque effectu accipiantur verba. *Thibaut* l. l. §. 18. nr. 5. Cf. *Huseland* l. l. p. 190.

10) Arg. L. 32. §. ult. C. *de appellat.* VII, 62. („Quicquid autem hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis relictum omnes intelligant.") Nov. 20. c. 9. (Cf. §. 52. not. 7. §. 62. not. 8. et *Thibaut* §. 20.

11)

11) L. 14. D. *de legib.* („Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.") L. 141. pr. D. *de reg. jur.* L. 162. *eod.* („Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi.") L. 23. §. 5. D. *de fideic. libert.* XL, 5. Cf. *H. Donellus* l. l. c. 14. §. 9. 10. — Dissent. *Fr. C. Conradi* (resp. *C. G. Schulze*) ad Julii Paulli ex libro singulari de jure singulari reliqua. (Lips. 1728. 4.) Fr. I. §. 10 — 12. Vid. tam. *Thibaut* l. l. p. 85 sqq. — De privilegiorum interpretatione vid. inprimis L. 1. §. 2. D. *de constit. princip.* (§. 56. ad not. 4.) c. 9. X. *de privilegiis.* V, 33. Neque obstant L. 3. D. *de constit. princip.* („Beneficium imperatoris, quod a divina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus.") et L. 2. C. *de bonis vacant.* X, 10. c. 22. X. *de privil.* Vid. *Zachariae* l. l. p. 152. Cf. *Thibaut* p. 58 sqq. *Hufeland* p. 242 sqq. — cf. infra §. 81. not. b. Caeterum JCti Romani singularia quoque jura ad similes causas transferre consueverunt, velut in L. 4. D. *de fundo dotali.* XXIII, 5. L. un. D. *de B. P. ex test. milit.* XXXVII, 13. L. 20. D. *de re jud.* XI. II, 1.

12) Quod quidem fieri posse jure Romano certo agnitum est L. 7. §. 3. D. *ad Leg. Jul. maj.* XLVIII, 4. L. 5. D. *de lege Pompeja de parricidis.* XLVIII, 9. Nec obstant L. 42. D. *de poenis.* XLVIII, 19. L. 155. D. *de reg. jur.* quippe quae de legum poenalium in rebus caussisque dijudicandis usu loquuntur. — Caeterum de hac controversia cfr. *Forster* de juris interpret. II, 2. §. 4. *Rapolla* l. l. §. 87. — *Feuerbach* Revision d. Grundf. und Grundbegr. des posit. peinl. Rechts. Th. II. p. 16 sqq. — *Thibaut* §. 21.

§. 65.

f) *Interpretatio legum restrictiva.*

Non solum verba legis ad sententiam revocare et potest et debet interpres, verum etiam ab ipso argumento legali recedere, quatenus id scriptoris voluntati consilioque, quod sibi proposuerat legislator, conveniens esse videbitur (§. 43.). Quare juris praeceptum quodpiam, sine ulla limitatione propositum, tum maxime erit restringendum, cum tales quoque caussarum species complectitur, quae aut manifesto adversantur aequi justique regulis certo agnitis [1]), aut ita cum legis, de qua quaeritur, ratione legislatorisque consilio pugnant, ut, ipsum eas excepturum fuisse legis auctorem, si modo de iis cogitasset, nullo modo dubitari possit [2]). Cui affine est illud, quod sublato quodam juris argumento, e quo, tamquam ex regula generaliori, singula legum praecepta pendebant, haec quoque non possunt non ple-

rumque [3]) videri esse sublata [4]). Atque in utramque hanc causam conveniet pervulgatissima ista regula: *cessante legis ratione, cessat lex ipsa.* Cujus quidem regulae nullus erit usus ad restringendam ideo legem, quod uni forte et alteri causae, ad quam legis argumentum pertineat, ex singulari quadam aut hominum aut rerum conditione non apte conveniat ratio legis [5]); ac multo etiam minus insuper habenda est lex, in qua rationis quaedam inconstantia appareat ejusmodi, ut eam legem illius auctor, si secum ipse consensisset, aut omnino non, aut non eo modo fuisset laturus [6]). Quid? quod lex, *dummodo possit valere*, eo non deficit, quod mores populi atque instituta, ad quae olim erat adfecta, jam ab hominum civitatumque usu recesserunt [7]).

1) L. 22. D. *de negot. gest.* III, 5. L. 2. §. 1. D. *de cust. et exhibit. reor.* 48, 3.

2) *M. Senecae* controv. IV, 27. *Quinctil.* inst. orat. VII, 6. — L. 8. §. 6. 8. D. *de transactionib.* II, 15. L. 11. §. 2. D. *de his qui not. infam.* III, 2. L. 40. pr. D. *de hered. pet.* V, 3. L. 54. pr. in f. D. *mandati.* XVII, 1. L. 6. §. 2. D. *de jure patronatus.* XXXVII, 14. L. 19. in f. C. *de fide instrum.* IV, 21. *A. Vinnii* sel. quaest. I, 13. *A. D. Weber* von d. natürl. Verbindl. §. 64. nr. 6. not. 7. — Cf. §. 64. not. *Thibaut* l. l. §. 24. *Hufeland* p. 105 — 114.

3) Cf. §. 67.

4) Velut ea, quae ex veterum judiciorum negotiorumque formulis solemnibus manarunt. — Cf. etiam *Thibaut* l. l. §. 25.

5) L. 4. 5. 6. 8. D. *de legib.* „Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur. Nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt. — — — Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur." — Cf. *Weber* l. l. §. 64. *Thibaut* §. 23. et ibi citt. scriptor.

6) L. 20. 21. D. *de legib.* Cf. §. 45. not. 8. — *Rapolla* l. l. §. 94.

7) Facit huc quoque L. 21. D. *de legib.* — *Weber* Bemerkungen z. Beförderung einer gründl. Theorie der Anwend. des Röm. Rechts. §§. 16. 17. 18. Cf. §. 67.

§. 66.

g) *De argumento legali e jure Justinianeo, maxime e Pandectis atque Codice, eruendo.*

Cum juris Justinianei libri, a legali praecipiendi ratione magna ex parte remoti, aut speciem prae se fe-

rant fcriptorum, quibus de rebus ad artem noftram fpectantibus libere disputatur, aut in fingulis quaeftionibus, ex facto ad definiendum propofitis, verfentur, idcirco interpreti in legis argumento eruendo faepiffime erit allaborandum. Quo nomine ad haec maxime animum attendat juris Romani interpres: 1) ut plerumque non feparatim ex fe fingulos juris Juftinianei locos confideret, fed rationem habeat nexus atque feriei, qua fingula cujusque tituli fragmenta inter fe funt apta (§. 55. not. 6.), tum vero maxime fedula fimilium inter fe facta comparatione communem quandam, quae in omnia conveniat, regulam efficiat [1]); 2) ut, quam in fingulis caufis dijudicandis juris noftri auctores fecuti fint regulam, inveftiget, inventamque ut juris praeceptum, aliis quoque caufis quaeftionibusque adhibeat [2]); nifi aut juris certi atque haud dubii regulae huic adverfentur [3]), aut ex ipfis potiffimum rerum argumentis judicandi rationem petitam effe, manifefto appareat [4]). 3) Quodfi quaeftionis alicujus propofitae aut in ambiguo relicta eft refponfio, aut diverforum auctorum refponfiones fententiaeque proferuntur, neque loci hujus auctor, cuinam ipfe potiffimum calculum fuum adjecerit, diferte fignificavit, tum haec maxime attendenda funt interpreti, primum, num in ipfa interrogationis figura infit quaedam refpondendi poteftas [5]), deinde, quibus et in affirmando et in negando verborum formulis uti confueverint juris noftri auctores [6]), tum ea accipienda eft fententia, quae aut ejusdem auctoris opinionibus alibi prolatis, aut juris communis rationi magis conveniens eft [7]), denique eam adprobaffe fcriptor cenfetur fententiam, quam ultimo loco protulit [8]). Cui fimilis videtur effe unius tantum auctoris, absque ulla affenfionis diffenfionisque nota, commemoratio. Caeterum 4) locorum ambiguitates accommodate et ad *juris noviffimi* indolem [9]), et ad tituli argumentum, in quo fragmentum aliquod collocatum eft, intelligendae funt [10]).

1) Cf. §. 62. not. 7. §. 64. not. 2. — *Thibaut* l. l. §. 32.
2) Cf. §. 61. not. 3. — *Thibaut* §. 33.

3) Vid. *Auctoris* Cession der Forderungsrechte. p. 125 sqq. p. 172 sq. p. 458 sqq. (ed. 2). — In ambiguis tamen existimandum, ex juris communis praeceptis de jure respondere aut judicare consuevisse juris nostri auctores. Vid. *Ger. Noodt* Dioclet. et Maximian. c. 2. *Ejusd.* Jul. Paullus. c. 7. — *Eckhardt* Hermeneutik. §. 221. — *Sammet* Hermeneutik d. Rechts. p. 170. — *Auctoris* Diatr. über jur. und facti ignor. (Archiv für civilist. Praxis II. p. 427. 428.) — Cf. *Thibaut* §. 38.

4) *Auctoris* Diatr. üb. die Priorität des Todes. (Archiv für civilist. Praxis. IV.) p. 395. 396.

5) *C. G. Haubold* (resp. *Geissenhoehner*) observ. de responsorum mediorum in Digestis obviorum interpretatione. (Lips. 1805. 4.) c. II. §. 8. (Cf. L. 4. §. 1. D. *de eo quod certo loco.* XIII, 4. aliaque exempla ab *Hauboldo* in hujus rei testimonium prolata.)

6) *Rapolla* et *Griesinger* l. l. §. 45 — 48. — *Haubold* l. l. c. II. §. 1 — 7. — *Kreyssig* in D. supra (§. 55. not. 4.) cit. §. 8 sqq. — *C. F. Freiesleben* (Pr. *Hauboldo*) Spec. jur. Rom. de adlegationib. quae veterib. JCtis in usu fuerunt. (Lips. 1820. 4.) c. III. — *Fr. Hänel* comment. de verborum formulis, quibus JCti veteres simul et affirmare et affirmandi rationem significare soliti sunt. (Lips. 1821. 8.)

7) *Rapolla* §. 48.

8) *Rapolla* l. l. §. 49. — *Haubold* §. 10. — Fallit tamen saepissime haec regula, velut in exemplo hujus ipsius rei confirmandae causa a *Rapolla* proposito. L. 7. D. commun. praed. VIII. 4.

9) Velut L. 9. §. 3. D. *de donationib.* XXXIX, 5. Cf. *Savigny* üb. die Lex Cincia (in der Zeitschr. für histor. Rechtswissensch. IV. p. 40.) Cf. §. 67.

10) *Thibaut* §. 36.

§. 67.

b) *De legum antiquiorum in novis rerum argumentis usu.*

Potest etiam mutatis temporibus novisque negotiis lex accommodari. Quo in genere plurimum valebit *analogia* s. rerum novarum eventuumque antea incognitorum convenientia cum legis ratione. Quoniam vero legis ratio omnes complectitur causas, quae quandoque in eam cadere poterunt [1], consequens est, ut non solum rato manente argumento legali [2], verum etiam hoc ipso de medio sublato, ad novas causas lex possit diduci, dummodo in has quoque apte conveniat ratio ea, unde lex manavit [3]. Quid? quod ejus adeo legis, cujus non modo argumentum, in quo proprie lex vertebatur, verum etiam ratio ab hominum usu novoque re-

rum ordine alienissima sunt, potest quaedam utilitas superesse atque vis, siquidem in verbis remansit commodus sensus, isque talis, qui a juris ratione, quae nunc est, minime abhorreat [4]). Quem in locum plura convenient interpretandi praecepta ex iis, quae supra exposuimus [5]).

1) L. 26. 27. D. *de legibus.* „Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur — —, et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas, et ad eas res pertineant, quae quandoque similes erunt."

2) Velut in eorum, quae de usucapionibus, de hereditatibus, de tutoribus sancita erant, ad praescriptiones, ad bonorum possessiones, ad curatores translatione; quo in genere scatet exemplis jus Romanum.

3) Velut ratione hac: „ubi successionis est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet" (T. Inst. *de legitima patronorum tut.* in f.) translata ad novum ordinem successionis ab intestato, Nov. 118. c. 5. — Simili quadam ratione L. 9. §. 1. L. 11. D. *de donat.* XXXIX, 5. etc. ad novissimam donationum earum, quae supra modum fiant, formam poterit transferri (cf. *de Savigny* diatr. cit. de lege Cincia. p. 42 sqq.), et quae sunt ex eo genere similia.

4) Exemplo loco sint: L. 29. D. *de usurp.* XLI, 3. et L. 2. C. *de distr. pignor.* VIII, 28., coll. cum *Gaji* instit. II. §§. 52 — 60. — L. 9. §. 3. D. *de donat.* L. 9. §. 1. D. *de jure dotium.* XXIII, 3. Cf. *de Savigny* l. l. p. 40. 50 — 59. et supra §. 65. in f. Vid. et L. 23. D. *de j. dot.* (§. 268. not. 1. et §. 275. not. 2.)

5) Velut: standum esse a verborum sententia (§. 58.), — legis, quae quidem intelligi possit, rationem non anxie anquirendam esse (L. 21. D. *de legib.*), — legem eo sensu accipi oportere, quae novissimi juris rationi conveniat (§. 66. in f.)

§. 68.

II. *Praecepta quaedam de legum in causis rebusque tractandis usu.*

Inprimis facti quaestionem, quodque actum fuerit [1]), diligenter eruat JCtus, tum, quale huic conveniat juris praeceptum, videat. Atque in eo quidem causarum tractandarum genere, quod aut respondendo, aut cavendo, aut agendo continetur, haec maxime attendere oportebit JCtum, primum, ut accommodate ad factum propositum omnia peragat [2]), neque tamen quidquam curet ea, de quibus quaeri nihil attinet [3]),

deinde, si plura in unam eandemque causam conveniant juris vel persequendi, vel conservandi, vel ab adversariorum intentione defendendi praesidia, ut ex his ea seligat atque proponat, quae et plurimum quaerentibus litigantibusve afferant commodi, et minimis aut incommodis aut difficultatibus impediant rem, de qua agitur [4]). Judici vero haec potissimum observanda sunt: 1) ut ne judicandi partes cum agendi cavendique officiis commisceat, neu, quae in facto consistunt, partibus suppeditet, contra vero suppleat ea, quae legibus atque juri publico convenient, tum vero apte ad judiciorum finem litigantium actiones moderetur atque dirigat [5]); 2) ut in judicando et personarum conditionis et rerum qualitatis diligentem habeat rationem [6]), et omnino, quantum poterit, aequitati colendae tuendaeque studeat (§. 43.); 3) ut facilior sit in absolvendo, quam in condemnando, atque in re dubia benigniorem sententiam sequatur [7]), idque non modo in poenalibus judiciis [8]), verum etiam in civilibus [9]), nisi causa sit ejusmodi, cui maxime faveant leges, velut matrimonii, dotis, libertatis, testamentorum, quippe quae in pari re atque ambigua semper erit potentior [10]).

1) Vid. *Cic.* de or. I, 24. L. fin. D. *de her. vel art. vend.* XVIII, 4. et *Brissonii* opus de V. S. voce *agere* §. 14. Cf. *Weber* ad *Höpfneri* theoret. pract. Comment. über die Heineccischen Institutionen. §. 26.

2) Unde toties JCti Romani utuntur formula hac: *secundum ea, quae proponerentur*, hujusque similibus.

3) Vid. *Hauboldi* de responsor. medior. in Dig. obvior. interpret. observ. c. II. §. 9. in f. — *N. Th. Gönner* Grundsätze der jurist. Praxis. (Bamb. 1796.)

4) *A. D. Weber* Beiträge zu d. Lehre von gerichtl. Klagen u. Einreden. St. II. nr. 10. — Jurist. Journal, herausgeg. v. einer Gesellsch. pract. u. theor. Juristen. I. Bd. (Ronneb. 1798.) p. 247 sqq.

5) L. un. C. *ut, quae desunt advocatis partium, judex suppleat.* II, 11. — *Gönner* über das Verhältniss der posit. Thätigkeit des Richters zu der Willkühr der Partheien. (Handb. des deutsch. gem. Processʃ. — ed. II. — I, 10.) — Cf. *Cicero* orat. pro Caec. c. 5. Gell. N. A. XIV, 2.

6) L. 4. §. 1. in f. D. *de incendio.* XLVII, 9.

7) L. 192. §. 1. D. *de reg. jur.*

8) L. 155. §. 2. D. *de reg. jur.* L. 5. pr. L. 52. D. *de poenis.* XLVIII, 19. Reg. 49. *de reg. jur.* in VI. V, 12.

9) L. 125. D. *de reg. jur.* („Favorabiliores rei potius, quam actores habentur.") L. 47. D. *de obligat. et actionib.* XLIV, 7. L. 38. D. *de re jud.* XLII, 1. („*Inter pares numero judices si dissonae sententiae proferantur*, in liberalibus quidem caussis pro libertate statutum obtinet, in aliis autem caussis *pro reo*; quod et in judiciis publicis obtinere oportet. §. 1. *Si diversis summis condemnent judices, minimam spectandam esse Julianus scribit.*")

10) L. 70. D. *de jure dotium.* XXIII, 3. L. 85. pr. D. *de reg. jur.* — L. 24. D. *de manumissionib.* XL, 1. L. 38. pr. *de re jud.* — L. 5. D. *testamenta quemadm. aperiantur.* XXIX, 3. — c. 26. X. *de sent. et re jud.* II, 27.

CAPUT IV.

DE RATIONE, QUAE INTER PLURES LEGES VEL CONCURRENTES VEL SECUM DISSIDENTES INTERCEDIT.

§. 69.

Peregrini juris atque domestici comparatio.

Cum peregrini juris nulla vis sit, nisi subsidiaria, sequitur, ut, si discrepent inter se domestici atque peregrini juris praecepta, illud utique praeferendum sit. Neque earum legum peregrinarum, quae a nostri temporis ratione prorsus sunt alienae, ullus est in Germania usus, neque ad jura Germanorum propria determinanda quidquam valebit jus peregrinum, nisi ex eo genere sit hujus juris praeceptum, quod nec loci alicujus, nec temporis, nec institutorum certorum angustis terminis contineatur [1]). Quodsi mixta aliqua ex domestico atque peregrino jure extabit species, tum, siquidem utriusque juris termini certo distingui possint, nec patria quadam lege peregrino juri derogatum sit, ex utroque jure istiusmodi causa erit determinanda [2]). Quoniam vero dubitari nequit, quin peregrino juri apud nos recepto auctoritas velut domestici juris antiquioris tribuenda sit, consequens est, ut patria lex, in eam causam scripta, quae

jam peregrini juris decreto definita eft, ab hoc ipso, quam minimum poterit, receffiffe videatur [3]).

1) *A. D. Weber* Bemerkungen u. allgemeine Regeln zur Beförderung einer gründl. Theorie vom heutigen Gebrauche des Röm. Rechts in deutfchen Gerichten. Schwerin 1782. et in: Verfuche üb. das Civilrecht und deffen Anwendung. Nr. I. — *Auctoris* Encyclopädie. §. 254.

2) *J. St. Pütter* Beiträge zum deutfchen Staats- u. Fürftenrechte. T. II. Nr. XXVIII. §§. 8—11. et 22—26. Cf. *Aug. Leyfer* meditt. ad Pand. Sp. 45. m. 5. — Similis eft caufa, cum in arbitrio hominum pofitum eft, ex quonam potiffimum jure, utrum ex peregrino an ex domeftico, vitam fuam atque negotia civilia inftituere velint. *Pütter* l. c. §. 17—21.

3) §. 65. not. 8. — *J. Voet* ad Pand. I, 1. §. 2. in m. — *Pütter* l. c. §. 27—30. — *G. Hufeland* Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der pofitiven Rechtswiffenfch. II. III. St. (Jen. 1801.) Nr. VI. VII. — *Spangenberg* Einleitung etc. p. 181. — Cf. *G. C. F. Linck* üb. das Retentionsrecht d. Ehefrauen etc. (Roft. 1812.) p. 34. 35.

§. 70.

Legum ejusdem conditionis contentio *).

Quodfi aut inter ipfas domefticas leges contentio inciderit, aut inter peregrinas, five ejusdem fint originis five diverfae, tum utra utri praeferenda fit, vel ex legum evidentia, vel ex earum ambitu, vel ex temporis praerogativa judicandum erit. Ex legum evidentia ita, ut, quod apertius defcriptum eft legis argumentum, praeponderet ei, quod aut per ambiguorum definitionem, aut per ratiocinationem inducitur [1]). Ex ambitu hoc modo, ut generalioribus juris praeceptis derogent ea, quae certis vel hominibus, vel caufis, vel regionibus fcripta funt [2]). Praecipuam autem quandam in legum repugnantia disfolvenda vim habet temporis quaeftio: utra lex fit prior, utra pofterior? Quippe poftrema quaeque graviffima eft [3]). Atque vix eft, ut in peregrinorum jurium, velut juris Romani et pontificii, inter fe conflictu valeat haecce regula, cum nec de eorum diverfo receptionis tempore conftet, nec ulla aetate inter ipfa temporis ratio habita fit; quapropter ex ufu forenfi tota haec quaeftio dijudicanda erit [4]). Contra

vero in singulis juribus peregrinis, quorum inter se singula loca discrepant, non est dubitandum, quin obtineat temporis praerogativa, ideo quod cum illorum receptione non potest non esse recepta ratio ista, qua jam ipsi legislatores peregrini in legum a se dissidentium controversiis tollendis usi sunt [5]).

*) (*Hübner*) Berichtigungen u. Zus. zu den Instit. nr. 5. 6. p. 8—22. — *Schömann* Handbuch d. Civilr. I. Nr. I. — *Thibaut* über das Verhältniss der einzelnen Theile des Röm. Rechts. (civ. Abh. nr. VI.) — *Hufeland* üb. den eigenth. Geist d. Röm. Rechts, I. Th. p. 151 — 182. — *Spangenberg* Einleit. in d. Röm. Justin. Rechtsb. p. 185 — 197. — *v. Löhr* üb. Justinians Compilation (in ipsius atque *Grolmani* Magazin für Gesetzgebung u. Rechtswissensch. III. Nr. VII.) — Cf. *Haubold* inst. jur. Rom. priv. hist. dogm. lin. §. 257.

1) *Cic.* de invent. II, 49.

2) §. 52. et ib. not. 6. 7. — Add. *Cic.* de invent. II, 49. — L. 32. pr. D. *de legib.*: („De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est, et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, *tunc jus*, *quo urbs Roma utitur*, *servari oportet.*" Cf. *A. Fabri* rationalia ad h. l. in h. l. not. d.). — *Thibaut* l. l. p. 89.

3) L. 4. D. *de const. princip.* I, 4.

4) Cf. *J. H. Böhmer* J. eccl. Protest. Lib. I. T. II. §. 70—73. — *Höfacker* pr. jur. Rom. Germ. T. I. §. 55. — *Hübner* l. l. p. 14—22. — *Auctoris* Encycl. §. 255.

5) Dissent. *Hübner* p. 11. 12. Sed vid. *Weber* ad *Höpfnerum* §. 16. not. i. a. et *Thibaut* l. l. p. 81. — Caeterum de regulae propositae in jure canonico usu cf. *Glück* Handb. des Röm. Privatrechts nach *Günther*. §. 68.

§. 71.

De temporis ratione recte aestimanda, ejusque maxime in jure Justinianeo usu.

Neque vero in tantum valet temporis ratio, ut, quo quisque juris apud nos recepti locus est recentior, eo sit potentior [1]). Quamvis enim in jure Justinianeo plerumque antiquiores sententiae, tamquam juris novissimi decretis explicandis adjectae [2]), cedant tempore posterioribus, tamen, quoniam omnia sua fecit Justinianus, quasi ab ipsius ore essent profecta [3]), sequitur, ut temporis praerogativa, quatenus quidem per se sola spectatur, non

nisi ex *novissima* promulgationis lege aestimanda sit. Si qua igitur contentio inter singula juris Justinianei capita appareat, primum omnium efficiamus, ut, si fieri hoc poterit, ne discrepare quidem videantur inter se; id quod fiet aut corruptorum locorum emendatione, aut contrariam legem ad certum aliquod tempus adque jurium caussas altera lege antiquiores accommodando [4]), aut commonstrando, caussarum notionumque quandam dissimilitudinem in diversis legibus subesse, aliamve alia accuratiorem rerum definitionem continere [5]), aut historicam interpretandi rationem inducendo, hoc modo, ut sententias, a forensi usu remotissimas, rebus dictisque tantum explanandis meliusque inter se connectendis, adhibuisse compositores doceatur [6]). Quodsi vero eo modo res ad liquidum perduci nequit, tum, uter locus conservandus sit, ex hisce praeceptis definiatur: 1) Derogant Novellae reliquis juris Justinianei partibus, et inter singulas novellas, ut quaeque est novissima, ita potentissima haberi debet. Authenticae vero, quatenus quidem ex Justiniani constitutionibus novellis decerptae sunt, cum non per se atque sua natura legis vim habeant, fontibus suis cedant necesse est [7]). 2) Codex repetitae praelectionis, ceu lex recentior, potior est Pandectis atque Institutionibus [8]). 3) In Pandectarum autem et Institutionum contentione neutra pars alteram vincet [9]), non magis, quam si singularum collectionum singuli loci confligant, ubi similiter neuter obtinebit (not. 1.), nisi aut alterius loci altero correctionem induxisse imperatorem [10]), aut in altero exhibendo negligentius compositores egisse [11]) manifesto appareat. In quam utramque exceptionem interpretandi praeceptum convenit hoc, scilicet verbis utique voluntatem legislatoris ante esse ponendam [12]). Quodsi harum quoque regularum usu legum repugnantium controversia tolli non poterit, tum aut ita quaeque servabitur maxime, ut quaeque maxime juris haud dubii principiis conveniet [13]), aut legislatoris arbitrio res erit committenda, qui statuat, ad utram potius legem accedi oporteat.

1) Dissent. *J. L. E. Püttmann* miscellaneor. liber singular. c. 25. *Sammet* Hermeneut. p. 44. nr. 1. *Hübner* l. l. p. 14. *Glück* Handb. zu *Günther* §. 97. nr. VI. — Sed vid. *Thibaut* l. l. p. 98. 104. 105.

2) *v. Löhr* l. l. §. 5. — Cf. supra §. 11. in f.

3) Cod. *deo auct.* §. 6. 7. C. *tanta* §. 20.

4) *v. Löhr* §. 6.

5) C. *tanta* §. 14. 15. — Nov. 158. — L. 54. §. 1. 2. D. *de legat.* I. Coll. cum §. 6. J. *de legat.* II, 20. — L. 4. §. 1. D. *ad L. Aquil.* IX, 2. Coll. cum L. 9. D. *ad Leg. Cornel. de sicariis*, XLVIII, 8. — L. 27. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) coll. cum L. 25. §. 5. D. *de R. V.* (VI, 1.)

6) Quam quidem rationem latius, quam res postulat, protulisse videntur *Schömannus*, re quidem ipsa cum *Hübnero* (vid. not. 1.) consentiens, nec non *Thibaut* p. 92. 95. et log. Ausleg. p. 165.

7) *Weber* Bemerk. zur Beförd. einer gründl. Theorie d. Anwendung des Röm. R. §. 9. *Hübner* l. c. p. 7. *C. G. Konopak* die Institutionen d. R. R. (Halle 1807.) §. 59. not. x. — Dissent. *J. J. Scherz* de authenticar. auctorib. et auctoritate. c. II. (in *Zepernickii* Biga libellor. Auth. — illustr. p. 50—52.) et *C. F. Zepernick* comm. quib. ex causs. Nov. Leon. recept. non sint c. III. §. 25. (adj. *C. A. Beckii* de Novell. Leonis libro singulari, p. 540. 541.)

8) Mediam quandam viam post alios ingressus est *Thibaut* l. l. p. 82—86. p. 92 sqq. — Cf. not. 6.

9) Cf. supr. §. 10. not. 11. — Dissent. *Hofacker* princ. jur. Rom. Germ. §. 42. 2. b. et *Thibaut* p. 96. qui Pandectas esse Institutionibus inferiores opinantur, aliis vero contra sentientibus, Pandectas scilicet esse Institutionibus praeferendas, velut *Mackeldey* Instit. §. 87. III.

10) L. 25. §. 5. D. *de R. V.* VI, 1. Coll. cum §. 34. J. *de rer. divis.* II, 1. Cf. *Glück* l. c. Nr. V. b. — Dissent. *Konopak* l. l. not. z. p. med.

11) §. 25. J. *de rer. divis.* Coll. cum L. 7. §. 7. D. *de acqu. rer. domin.* XLI, 1. (Vid. tam. *Hufeland* l. l. p. 171—180.) Cf. *Glück* l. l. Nr. V. a. *v. Löhr* p. 212.

12) Cf. §. 65. not. 1. — *Löhr* l. l. p. 215.

13) Dissent. *v. Löhr* §. 10. Sed vid. supr. §. 54. not. 2. Coll. cum §. 67. in f.

§. 72.

De legum, quae in diversis territoriis obtinent, conflictu *).

Cum incidant saepius multae causae, quae, nisi ad alieni territorii leges dirigantur, aut prorsus nullum habiturae sint exitum, aut eum, qui a communi justitiae aequitatisque fine remotissimus sit, sequitur, ut etiam de legum in diversis territoriis obtinentium conflictu

quaeri poſſit, velut domicilii, rei ſitae, negotii geſti, cauſae judicio vel alio modo transactae, delicti commiſſi, denique ejus loci, ubi jus quoddam, alibi coeptum, aut ſimpliciter peragendum aut judicio perſequendum erit. Quam in rem, licet ea a jure gentium magis ducatur quam a civili jure [1]), haud tamen alienum videtur generaliora quaedam, quatenus quidem ad cauſas privatas ſpectant [*]), hoc in loco praecipere, hoc pacto: I. Jura atque officia ejusmodi, quae hominum perſonis inhaerent et quaſi ſunt infixa, ex hisque apte pendentia, tum etiam ea, quae ad univerſitatem patrimonii pertinent, ex legibus judicanda ſunt, quae in civitate valent, ubi is, de quo quaeritur, larem rerumque ac fortunarum ſuarum ſummam conſtituit [3]), ſcilicet non adverſante exterarum civitatum jure publico [4]). Enimvero mutato domicilio jura quoque hujusmodi mutantur, ſic tamen, ut ne cui jus ex priſtina ratione quaeſitum, certisque ſuis terminis jamjam definitum eripiatur [5]). II. Jura, quae proxime rebus ſunt ſcripta, velut quae ad dominii cauſam ſpectant, vel ad vectigalium tributorumque onus, vel ad pignorum in judicati exſecutionem et capiendorum et distrahendorum, tum etiam rerum apud judicem petendarum perſequendarumve rationem, et quae ſunt reliqua ex hoc genere, aeſtimantur ex legibus ejus civitatis, ubi ſitae ſunt res, de quibus agitur, atque collocatae [6]), nullo rerum immobilium atque mobilium habito discrimine [7]).

*) *Ulr. Huber* praelectiones juris civilis. T. II. p. m. 538—545. — *Jo. Voet* ad Pand. Libr. I. Tit. IV. P. II. — *Sam. Stryk* D. de jure principis extra territorium (Frf. 1676.) c. III. — *Jo. Nic. Hertius* D. de colliſione legum (opuscul. Vol. I. T. I. p. 91—158.) Sect. IV. et VI. — *C. F. Hommel* rhapſodia quaeſtion. in foro quotidie obvenientium, obſ. 409. — *C. F. Böſchen* D. ſupra (§. 47. not. 1.) cit. — *Jo. Th. Seger* (reſp. *Wolff*) D. de vi legum et decretorum in territorio alieno. Lipſ. 1777. — *A. D. Weber* von d. natürl. Verbindl. §. 62. et 95. — *C. C. Hofacker* principia jur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 137—144. — *C. S. Zachariae* lib. quaeſtionum (Wittenb. 1805. 8.) I. qu. 1. — *Did. Meier* D. de conflictu legum diverſarum in diverſis locis obtinentium. Brem. 1810. 8. — *F. W. Tittmann* D. de competentia legum externarum et domeſticarum in definiend. potiſſimum jurib. conjugum. Hal. 1822. 8. (Cf. *Haubold* Pand. §. 25.)

1) *Huber* l. l. §. 1. — *Hert.* §. 5. — *Seger* §. 1. 2. 5. 8. — *Böſchen* §. 14. 15. — *Meier* §. 4.

2) De cauſis publicis et maxime de poenalibus vid. *Böſchen* §. 20—26. 34. 35. — *Hommel* rhapſ. qu. obſ. 281. — *Seger* l. l. §. 7. — *C. A. Tittmann* Handb. d. Strafrechtswiſſenſch. I. (Halle 1806.) §. 62. — *Meier* §. 15. 16. — *Martin* Lehrb. d. t. gem. Criminalr. I. Hauptabſchn. (Heidelb. 1820.) §. 26.

3) Arg. L. 65. D. *de judiciis.* V, 1. („Exigere debet mulier dotem illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi inſtrumentum dotale conſcriptum eſt: nec enim id genus contractus eſt, ut et eum locum ſpectari oporteat, in quo inſtrumentum dotis factum eſt, quam eum, in cujus domicilium et ipſa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.") — *Huber* §. 12—14. — *Hert.* §. 8. 11. 12. 13. 24. 26. 35. 39. 46. 47. — *Hofäcker* §. 139. nr. I. et §. 143. nr. II. — *Meier* §. 10. 28. 29. 31. 32. 34 ſqq. — *Tittmann* §. 34. 35. 43. 44. — Cave tamen, ne in ſingula jura, quorum nondum nata eſt cauſa atque certo conſtituta, idem conferas principium. Cf. *Huber* §. 13. init. *Meier* §. 38. *Tittmann* §. 21.

4) *Zachariae* §. 8. Cf. quae ſupra §. 55. in f. et infra not. 14. et 17. ſcripta ſunt.

5) *Tittmann* §. 21. 24 ſqq.

6) Quemadmodum autem omnino harum legum non ea eſt auctoritas, ut in juribus definiendis, quae ad univerſum hominum patrimonium ſpectant, quidquam valeant, ita nec ad hereditates pertinere poſſunt, quae vel lege vel teſtamento deferuntur, quippe quae ex legibus loci, ubi domicilium tempore mortis habuit defunctus, aeſtimandae ſunt (arg. L. 19. pr. et 34. D. *de judic.* V, 1. „— heres abſens ibi defendendus eſt, ubi defunctus debuit, et conveniendus, ſi ibi inveniatur — — —, quia ſuccedit in ejus locum, a quo heres relictus eſt", L. 22. D. *de fidejuſſor.* XLVI, 1. „— — quia hereditas perſonae vice fungitur." — L. 31. §. 1. D. *de hered. inſtit.* XXVIII, 5. „— — quia creditum eſt hereditatem dominam eſſe et defuncti locum obtinere —"); niſi quatenus aut de ſingulis rebus hereditariis acquirendis quaeritur, aut de ſingulari ſuccedendi ratione, ſi qua eſt certis rebus conſtituta. Cf. *Meier* l. l. §. 34—42. — *Tittmann* §. 29. 48.

7) L. Arg. 38. in f. D. *de judic.* — Diſſentiunt, quicunque de hocce argumento ſcripſerunt, tantum non omnes. Quid? quod plurimi ita abuſi ſunt commentitio iſto diſcrimine, ut juris hereditarii principia fere obliti, aliam ſtatuerent eſſe mobilium, aliam immobilium ſuccedendi rationem; quos jam refutavit *Meier* l. c. — Caeterum nobiscum faciunt *F. A. Meiſsner* vom ſtillſchw. Pfandr. §. 25. A. et *Tittmann* §. 51.

§. 73.

III. Negotiorum rationem quod attinet, de forma quidem, quatenus non niſi ad fidem auctoritatemque negotio conciliandam valeat [8]), nec in aliarum legum frau-

LIBER II.
DE JURE SUBJECTIVO.

CAPUT I.
DE JURE SUBJECTIVO PRAECIPUISQUE EJUS SPECIEBUS GENERATIM EXPONITUR.

§. 74.
Juris subjectivi notio indolesque.

Jus vocamus conditionem facultatemque faciendi aut non faciendi. Ex quo nafcitur, ut juri femper refpondeat aliorum officium, idque aut commune eft omnium, quod eo folo cernitur, ut ne quis alterum laedat, aut certorum hominum proprium, fcilicet ex eo jure oriundum, quo finguli fingulis obftringuntur. Atque juris quidem vis omnis in cogendi poteftate pofita eft, eâque aut perfectâ, quae actionibus maxime continetur, aut imperfectâ, quae defenfionibus tantum. Omnino autem haec funt, fine quibus effe nequit jus: et perfona, in quam cadere poteft jus, et materia juris legitima, et caufa juri conftituendo idonea.

§. 75.
Juris factique comparatio.

Factum duobus potiffimum modis opponitur juri. Atque primum quidem factum appellatur jurium litiumque caufa [1]), deinde perfonarum ea rerumque conditio, quae ad accuratiorem juris normam haud exigitur. Quo in genere plures funt fpecies diftinguendae [2]). Prima eft,

ſt, cum factum merò opponitur juri, juris quidem nomine d juris civilis et maxime antiqui formas relato [3]); ſecunda, um ad faciendi accipiendive conditionem, in hominem, ui alieno juri ſubjicitur, collatam, facti nomen trahiır [4]). Tertia eſt facti ſpecies in juris libertatisque exeritio poſita; quod quidem cum per ſe magnam habet in ebus cauſisque dijudicandis vim [5]), tum vero maximam ı dominii juriumque in re illa velut imagine, cui *juris oſſeſſionis* et nomen et poteſtatem impertivere veteres, ıcti quidem natura in permultis retenta [6]). Denique ı facto magis quam in jure conſiſtere id genus jurium icitur, quorum ita eſt libera ac diſſoluta natura, ut vix ı ea juris gentium regulae conveniant [7]).

1) V. c. L. 79. §. 1. D. *de jud.* V, 1. („Judicibus de *jure* dubitantibus praeſides reſpondere ſolent, de *facto* conſulentibus non debent praeſides conſilium impertire.") — Tit. D. *de juris et facti ignorantia.* — L. 24. D. *de reg. jur.* („Quatenus cujus interſit in facto, non in jure conſiſtit.") — Cf. §. 68. init.

2) *Auctoris* Ceſſion d. Forderungsrechte. p. 269 ſqq. (ed. 2.)

3) Cf. §. 1. not. 9. — L. 7. §. 3. D. *de cur. fur.* (XXVII, 10.) — „quia ſolutio, venditio, traditio *facti magis ſunt quam juris*". — Vid. et L. 7. §. 1. D. *de jure Cod.* XXIX, 7.

4) §. 2. J. *de ſtipulatione ſervorum.* III, 18. („Sed cum factum in ſtipulatione continebitur, omnimodo perſona ſtipulantis continetur: velut ſi ſervus ſtipuletur, ut ſibi ire, agere liceat; ipſe enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus." Cf. *Vinnius* in h. l.) — L. 44. D. *de condit. et demonſtr.* XXXV, 1. („Qui heredi dare juſſus eſt, ſervo alieno inſtituto, non domino dare debet, nam et ſi alio herede inſtituto juſſus eſt ſervo Titii dare, ipſi ſervo datur: *quia, quae facti ſunt, non transeunt ad dominum*, quemadmodum ſi mihi aut ſervo Titii ſtipulatus ſim, non Titio ſed ſervo ejus dari poteſt.") L. 130. D. *de V. O.* XLV, 1. („Quod dicitur, patrem filio utiliter ſtipulari, quaſi ſibi ille ſtipularetur, hoc in his verum eſt, quae juris ſunt, quaeque acquiri patri poſſunt: alioquin, ſi factum conferatur in perſonam filii, inutilis erit ſtipulatio, velut ut tenere ei, vel ire agere liceat.") Conf. L. 76. pr. *eod.*, in quem locum vid. libr. *Auctoris* modo excitatum p. 271 ſqq.

5) V. c. L. 8. §. 3. D. *ſi ſervit. vind.* VIII, 5. („Si quaeritur, quis poſſeſſoris, quis petitoris partes ſuſtineat, ſciendum eſt, poſſeſſoris partes ſuſtinere, *ſiquidem tigna immiſſa ſint*, eum, qui ſervitutem ſibi deberi ait: ſi vero non ſunt immiſſa, eum, qui negat.") — L. 14. D. *de probationib.* XXII, 3. („Circa eum, qui ſe ex libertinitate ingenuum dicat, referendum eſt, quis actoris partibus fungatur? Et, *ſi quidem in poſſeſſione libertinitatis fuit*, ſine dubio ipſum oportebit ingenuitatis cauſam agere, docereque ſe ingenuum eſſe: ſin vero in poſſeſſione in-

genuitatis sit, et libertinus esse dicatur, hoc probare debet, qui eum dicit libertum suum.")

6) L. 44 pr. D. *de acq. v. amitt. poss.* XLI, 2. („dixi — *jus possessionis* ei non videri peremtum.") — L. 49. pr. et §. 1. *eod.* („cum — plurimum ex jure possessio mutuetur" —; quia possessio non tam corporis sed et juris est.") — L. 19. D. *ex quib. causs. maj. c. c. v.* IV, 6. („— possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio.") — L. 53. D. *de acq. rer. domin.* XLI, 1. („Quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere, acquirimus.") — L. 1. §. 3. D. *de acq. v. am. poss.* („Ofilius et Nerva etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt: eam enim rem facti, non juris esse.") — Cf. *de Savigny* das Recht des Besitzes. §. 5.

7) Velut L. 10. D. *de cap. min.* IV, 5. „Legatum in annos singulos vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat, *quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit.*" — Conf. L. 27. c. 32. D. *de donat.* XXXIX, 5.

§. 76.

Juris subjectivi singulae species. 1) Jus praesens et futurum *).

Juris futuri vocabulum variis modis accipitur [1]. Primum enim jus, quod quandocunque futurum sit, ita appellatur, velut ejus, qui spem incertam vendidit, aut bona sua futura obligavit, deinde, quod in conditione positum est, tum, cujus nondum dies venit, denique jus delatum quidem, sed nondum acquisitum juris futuri nomine venit. Ex quibus simul perspicuum est, quot modis jus praesens distinguatur a jure futuro. Cujusmodi autem hoc sit, dummodo causa sit juris quaerendi certo constituta, non possunt non illius quoque tuendi causa praesidia comparata esse legitima [2]), nisi quae a jure praesenti atque perfecto pendent [3]). Caeteroquin juri futuro simile quodammodo est jus *quiescens*, i. e. praesens illud quidem, cui tamen, quo minus exerceri possit, impedimentum aliquod, aut civile (velut patria potestas), aut naturale [4]) obstat.

*) *J. H. Böhmer* D. de jure futuro. (Exercitatt. ad Pand. T. I. exercit. V.)

1) *Auctoris* Cession d. Forderungsr. p. 255 not. 13. (ed. 2.)

2) V. c. L. 15. §. 5. D. *de pignorib.* XX, 1. — L. 1. D. *ut legator. seu fideic. servandor. causa caveatur.* XXXVI, 3. — L. 7. pr. D. *de damno infecto.* XXXIX, 2. rel. — Vid. *J. H. Böhmer* D. cit. cap. II.

3) L. 35. in f. D. *de judic.* V, 1. („— neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit, judicium vero, ante aliquid debeatur, non posse.") — Cf. *Böhmer* l. l. c. 1. §. 6.

4) Exempla vid. in L. 15. pr. et L. 25. pr. D. *de acq. v. amitt. poss.* XLI, 2.

§. 77.

2) *Jus personarum, rerum, obligationum et actionum.*

Cum de eo quaerimus, in quo proxime vertitur jus, duae sunt juris subjectivi [1]) divisiones distinguendae, una, quae jura, quatenus per se atque simpliciter considerantur, ab actionibus [2]), altera, quae personarum statum et conditionem a re familiari sejungit. Atque ex utriusque hujus divisionis velut mixtura tripertita illa, aut, si mavis, quadripartita manavit distinctio juris personarum, rerum (§. 78. in fin.), obligationum et actionum [3]), quarum quidem posteriorum inter se esse similitudinem quandam et quasi cognationem, cum sua natura apparet [4]), tum vero maxime ex veterum judiciorum formulis intelligi poterit [5]). Quae tamen similitudo, cum ad juris subjectivi rationem tota pertineat, nihil quidquam valet ad ordinem definiendum seriemque, qua juris privati disciplina tractanda sit [6]).

1) Quamvis nullus dubito, in illo *Gaji:* „omne jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones" (Inst. I. §. 8. — L. 1. D. *de statu hom.*) objectivo sensu accipiendum esse juris verbum, nihil tamen impedit, quo minus juris personarum, rerum et actionum vocabulis etiam subjective utamur.

2) L. 51. D. *de O. et A.* XLIV, 7. („— est actio — jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi.") — L. 37. *eodem.* [„Actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, praejudicium, — stipulationes etiam praetoriae, quia actionum instar obtinent (cf. L. 1. §. 2. D. *de stipul. praetor.*), —. Interdicta quoque actionis verbo continentur."] — L. 1. D. *de except.* XLIV, 1. („Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur.")

3) Vid. supr. §. 28. p. 74. 75. — Cf. *Fr. Connani* comment. jur. civil. Lib. II. c. I. — *H. Donelli* comment. jur. civ. Lib. II.

c. 7. 8. — *A. J. F. Thibaut* Verſuche üb. einzelne Theile der Theorie d. R. II. Nr. 1. (über jus perſonarum und rerum.) — *C. A. D. Unterholzner* juriſt. Abhandl. — Münch. 1810. — Nr. II. p. 93 — 198. (über die Klaſſification d. Privatrechte.) — *A. Schweppe* juriſt. Magaz. I, 1. p. 8 — 15. (Perſonenrecht, Sachenrecht, Forderungen.)

4) *G. Hugo* civiliſt. Magaz. IV, 1. (die Obligationen gehören in d. letzten Theil d. Privatr. p. 1 — 50.) p. 21. — *G. T. L. Marezoll* de ordine Inſtit. (Gott. 1815.) p. 17 ſqq. — *Auctoris* Ceſſion d. Forderungsr. p. 11 ſqq. (ed. 2).

5) *Hugo* l. l. p. 23 ſqq. — *Marezoll* p. 18 ſqq.

6) Vid. ſupr. p. 65. — Cf. *Unterholzner* l. l. p. 104.

§. 78.

3) *Jus in rem et in perſonam* *).

In rem a juris noſtri auctoribus de eo dicitur, quod generatim in cauſam aliquam valet [1]), *in perſonam* vero, quod ad certas perſonas reſtrictum eſt. Unde notiones deſcendunt pactorum in rem et in perſonam [2]), itemque exceptionum in rem [3]). Atque ſimili quidem ratione in rem et in perſonam actiones vocantur [4]), quarum ſimilitudine recentiores *jurium* et in rem et in perſonam nomen notionemque effinxerunt [5]); quam tamen formulam, cum in actionibus tota poſita ſit, cave ſummam eſſe putes omniaque jurium genera complectentem [6]). Eſt autem jurium in rem notio alia latior, omnia omnino comprehendens jura, quorum obtinendorum cauſa in rem actiones comparatae ſunt [7]), alia anguſtior et velut propria, jura tantum complectens ex eo genere, quae ad jus rerum pertinent. Quoniam vero cum eo jure, quod nullo interveniente perſonali vinculo homini competit in rem (dem unmittelbaren Rechte an Sachen) conjungi in rem actionem non utique neceſſe eſt [8]), adeoque juris rerum et in rem non una eademque eſt notio [9]), dubitari nequit, quin ex priore genere jus aliquod, ſiquidem actionem ex illo oriundam reſpicias, in jurium in perſonam numero referri poſſit, quale eſt jus poſſeſſionis [10]).

*) *Henr. Hahn* D. de jure rerum et juris in re ſpeciebus. Helmſt. 1664. 4. (cf. *Höpfner* Comment. §. 286. not. 1. et *Savigny* das

Recht d. Besitzes. 5te Aufl. p. 55. in f.) — *Gerh. Feltmann* Tractat. de jure in re et ad rem; ed. 5. Amstel. 1672. 12. (maxime inde a cap. X.) — *Ulr. Huber* Digression. jur. lib. IV. exhibens tractatum de jure rerum etc. Insunt etiam: ad jus in re et ad rem animadversiones et vindiciae advers. Feltmannum. — *Christfr. Waechtler* D. de jure in re; *ejusdemque* epistola de numero jurium in re (in *Christ. Thomasii* Differtt. Lipsienses. Lips. et Hal. 1696. p. 255 — 296.) — *Thibaut* Versuche etc. II, 2. (üb. dingl. u. persönl. Recht.) — *P. J. A. Feuerbach* civilist. Versuche nr. VIII. (üb. act. in rem u. actio in personam, jus in rem u. jus in personam.) — *G. A. W. du Roi* Specimen observationum de jure in re. Heidelb. 1812. 8. Ejusd. Bemerk. über actio in rem und act. in personam, jus in re u. obligatio. (Arch. f. civilist. Pr. VI. Bd. nr. XIV et XVIII.) — *Schweppe* Magaz. p. 15 — 37.

1) L. 5. §. 2. D. *de pecun. constit.* XIII, 5. („Quod exigimus, ut sit debitum, quod constituitur, *in rem exactum est*: non utique ut is, cui constituitur, creditor sit; nam et quod ego debeo, tu constituendo teneberis, et quod tibi debetur, si mihi constituatur, debetur.") — L. 12. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.* XLII, 5. „— commodius dicitur, cum Praetor permiserit, non tam personae solius petentis, quam creditoribus, *et in rem* permissum videri."

2) L. 21. §. 1. L. 28. §. 2. L. 57. §. 1. D. *de pactis.* II, 14. — L. 5. pr. D. *usufr. quemadm. caveat.* VII, 9. (Cf. L. 21. pr. *eod.* „quia *personale* pactum est.")

3) L. 2. §. 1. 2. D. *de doli mali except.* XLIV, 4. — Cf. L. 1. §. 3. D. *quarum rerum actio non datur.* XLIV, 5. „Si fidejussor juravit, si quidem de sua persona tantum juravit, quasi se non esse obligatum, nihil reo proderit: *si vero in rem juravit*, dabitur exceptio reo quoque."

4) §. 1. J. *de actionib.* „Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, (quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere,) et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt." (Cf. *Gajum* in L. 25. pr. D. *de O. et A.* XLIV, 7. et instit. IV. §. 1. 2.) — §. 13. J. *eod.* „Praejudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel libertus sit. —". (Invenitur etiam vox *personalis* actionis, velut in L. 3. §. 3. D. *ad exhibend.* X, 4.)

5) Etenim verba: „jus in ipsam rem habere", quae L. 20. D. *de legat. III.* leguntur, ad eam, in qua nunc versamur, notionem prorsus non pertinere, ex ipsius orationis serie atque tenore quivis facile intelliget. Magis vero ad illam accedere videntur haec: „sive domini sint, *sive aliquod in ea re jus habeant, qualis est creditor, et fructuarius et superficiarius*" (L. 19. pr. D. *de damno infecto.* XXXIX, 2. L. 30. D. *de noxalib. actionibus.* IX, 4.), et similia, quae obvia sunt in L. 71. §. 5. D. *de*

leg. I. et L. 8. §. 1. C. *de praescr.* 30 *vel* 40 *annor.* VII, 39.: nisi forte quis dicat, hanc loquendi formulam in eam quoque rebus alienis utendi fruendive potestatem convenire, qua quis ex obligationis causa gaudeat, sc. propter L. 2. §. 22. D. *de vi bonorum raptorum.* XLVII, 8. („Quare sive commodata res sit, sive locata, sive etiam pignerata proponatur, sive deposita apud me — sive bona fide a me possideatur, sive usumfructum in ea habeam, vel quod aliud jus" etc.) Vid. *Thibaut* l. l. p. 52. — Caeterum *in re* et *ad rem* vocabulorum in artem nostram inferendorum caussam attulit jus pontificium: c. 40. *de praebendis et dignit.* in 6to. III, 4. („Jus — quod secundo *ad praebendam*, non *in praebenda* — competebat.") — c. 8. *de concess. praeb.* in 6to. III, 7. („— in quibus jus non esset quaesitum *in re*, licet *ad rem.*") — Clem. un. *de sequestr. poss.* II, 6. — c. 1. Extrav. Jo. XXII. *de conc. praeb.* IV.

6) *Unterholzner* l. l. p. 124. in f. sqq.

7) *Thibaut* l. l. p. 52 sqq.

8) Sic quod in bonis tantum erat, ex plerorumque quidem opinione, olim in rem actione peti non potuit. Certiora sunt statutorum nonnullorum, tum etiam juris Napoleonei decreta, quippe rerum mobilium vindicationem plerumque non admittentia. — Cf. *W. V. Wiese* über die Sachverfolgung sowohl nach Röm. als auch besonders nach Lübeckschem u. Rostockschem Rechte. (in der Sammlung seiner jurist. Abhandl. Rost. 1785. nr. VIII.) — *Matth. Fr. Feitscher* comment. sistens disquisitionem: num differentia inter dominium et obligationem —, quum in Codice Napoleoneo expresse non tradatur, ei sit incognita? (Gott. 1815. 4.) Sect. II. — *Unterholzner* l. l. p. 125.

9) Sunt imperfecti dominii species, quae, ut in rem actionibus peti nequeunt (not. 8.), ita nec juribus in rem accenseri possunt. At nemo dixerit, ideo eas inter obligationes esse referendas, licet, ut actio ea de re oriatur, obligatio antecedat necesse sit. Ex quo conficitur, ut minime commisceri debeat ea jurium divisio, in qua explicanda hic locus versatur cum superiore illa, quam §. 77. proposuimus. Cf. *Schweppe* l. l. p. 55.

10) L. 1. §. 5. D. *de interdict.* XLIII, 1. („Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.") — Vid. nota proxime antecedens et cf. *Schweppe* Magazin. I. p. 39 — 42.

§. 79.

4) *Jura singularia, privilegia* *). a) *Eorum summa genera.*

Jurium singularium atque privilegiorum (§. 49.), ut reliqua pleraque, ita etiam genera summa communia sunt, quae quidem vulgo ad sola privilegia referunt. Atque primum dividunt privilegia in affirmativa et negativa [1]), deinde in favorabilia [quae, si generali for-

ma emittuntur, beneficia legis, fin fingulis tribuuntur, prae ceteris privilegia appellantur [2])] et odiofa [3]). Tertia eft privilegiorum divifio in perfonae, rei et caufae privilegia, quae quidem vocabula in hunc quoque locum liceat adhibere [4]). Atque perfonae privilegia vocamus ea, quae perfonis, five veris five fictis, tribuuntur [5]), rei, quae cum rebus, caufae, quae cum obligationibus et actionibus conjuncta funt; quibus perperam nonnulli etiam mixtorum privilegiorum fpeciem addunt [6]). Eft autem privilegiorum, quae perfonis tribuuntur, item triplex forma diftinguenda [7]). Aut enim ad privilegiariorum poffeffiones fpectant, aut ad obligationes eorum actionesque, aut alioquin ipfis contra juris communis regulam, five faciendi quaedam conditio, five omittendi (quae immunitas vocatur) impertita eft. Jam vero quae propria fint privilegiorum in fingulorum caufas conftitutorum, videamus. Etenim vel futuris caufis ftatuuntur, ut difpenfationes [8]), ut conceffiones [9]), vel praeteritis, quo in genere funt abolitio [10]), adgratiatio, quam vocant, tum etiam caufarum poenalium aut mitior aut feverior tractatio, denique in integrum reftitutio, quam ipfe princeps indulgeat.

*) *J. H. Böhmer* D. de finibus privilegiorum regundis (Exercit. ad Pand. T. I. ex. XIV.). — *G. C. Gebauer* fingularia de privilegiis (in exercitation. academ. ed. a *J. J. Weifsmantel.* Vol. II. Erf. 1776.). Nr. XI. — *J. G. F. Wasmuth* Tr. de privilegiorum natura generatim et in fpecie de modis, quibus finiuntur, vel amittuntur. Goett. 1787. 4. — *G. Hufeland* veränderte allgem. Anficht d. Lehre von den Privilegien. (civ. Abh. I. Nr. III. p. 209 — 295.)

1) *Glück* Einleit. in das Stud. des Röm. Privatrechts. §. 24. nr. 2.

2) *Höpfner* Comment. üb. die Inftit. §. 48. in m.

3) *L. Z. Woelcker* de privilegiis odiofis et favorabilib. (Altd. 1718. 4.) c. III. IV. — *G. B. Becmann* (refp. *C. G. M. de Boden*) de aequitate privilegii odiofi et poteftate imperantis circa illud. Goetting. 1750. 4. — *Hufeland* l. c. p. 225.

4) *Auctoris* Lehre v. d. Ceffion der Forderungsrechte. §. 25. p. 264. not. 71. Cf. §. 81. in f. et not. 7.

5) Qualia funt privilegia fisci, decurionum, veteranorum, corporatorum urbis Romae (Cod. XI, 14 fqq. cf. L. 5. fqq. D. *de jure immunit.* L, 6.), fcholarum (Cod. XII, 30.) etc., et ex

odiosorum genere, Haereticorum, Judaeorum aliorumque. (Cod. I, 5 et 9.)

6) Vocant ita privilegia, quae personae ejusdem heredibus deferuntur. — Cf. *Höpfner* l. c. §. 49. in f.

7) *Auctoris* Lehre v. d. Cession etc. p. 282 sqq. (ed. 2).

8) *J. H. Böhmer* de sublimi principum ac statuum evangelicorum dispensandi jure in caussis et negotiis tam sacris quam profanis. (exercit. ad Pand. T. I. ex. XIII.)

9) Velut civitatis, ingenuitatis (Tit. Dig. *de natalib. restituendis.* XL, 11.), et quae sunt alia ex eo genere.

10) *Cujacius* ad *Julii Pauli* rec. sent. V, 17. (de abolitionibus.) init. — *J. G. Seger* de abolitione veteri et hodierna. Lips. 1778. 4.

§. 80.

b) *Privilegiorum et causa et finis.*

Cum nemo exceptiones a jure communi recte statuat, nisi qui legum condendarum potestate praeditus sit, jura singularia quoque atque privilegia vel a legislatore proficiscantur necesse est, vel ab eo, cui hoc jus ille concesserit [1]). Audiendi tamen et ii sunt, qui se ultra hominum memoriam usos esse dicant privilegio [2]). Habent autem ea, quae prae ceteris appellantur privilegia, maxime cum ejus rei, de cujus concessione quaeritur, liberum sit imperantis arbitrium atque potestas, plurimum ex conventionum natura admixtum, neque id eo minus, quod gratuito forte aut sponte adeo a principe concessa sint; ex quo quidem duplicem illam privilegiorum divisionem vulgo repetunt, alteram in gratuita atque onerosa, alteram in conventionalia et gratiosa, i. e. quae sponte tribuuntur [3]). Latius patent finiendi causae, quae quidem hae fere sunt [4]). I) Exstinctis personis, rebus caussisve, cum quibus conjunctum est privilegium, aut mutata ea qualitate, in qua illud vel maxime vertitur, ipso jure tollitur quoque privilegium [5]), idemque II) evenit, tempore adscripto privilegio conditioneve apposita, scilicet post elapsum tempus conditionemque existentem. Tum III) non solum jura singularia imperantis arbitrio tolluntur, quatenus quidem juribus quaesitis, ut vocant, nihil noceatur (§. 51.), verum etiam privilegia invito adeo privi-

legiario nonnumquam revocari possunt, scilicet ex justa causa, qualis est privilegii abusus [6]) et precaria concessio [7]); quid? quod nec de eo quidem dubitari potest, quin retractanda sint privilegia, quae aut saluti publicae contraria aut in aliorum injuriam elicita sunt [8]). Praeterea IV) renunciatione quoque privilegia tolluntur, nisi renunciatio aut publico aut privatorum juri adversetur [9]). Denique V) etsi solo non usu per se quidem privilegia non amittuntur [10]), tamen, quoties vel juris alicujus in rem adquirendi ratio, vel actionum exstinguendarum periculum in privilegii causam cadit, ambigendum non est, quin iis quoque conveniant, quae de juribus tempore aut acquirendis aut amittendis generatim praecipiuntur [11]).

1) *Böhmer* l. l. c. II. §. 4. 5. — *Wasmuth* c. I. §. 5 — 9.

2) *Hofacker* princ. jur. R. Germ. I. §. 96. nr. III. not. e. — *Hufeland* l. l. p. 263 — 264.

3) *S. Stryk* de privilegiis titulo oneroso quaesitis. Hal. 1704. 4. — *J. G. Schaumburg* D. quae naturam privilegiorum tam gratiosarum quam conventionalium ex genuinis principiis exhibet. Jen. 1736. 4.

4) *Wasmuth* l. l. c. II.

5) Reg. 7. *de reg. jur.* in 6to. („Privilegium personale personam sequitur et exstinguitur cum persona.") — L. 1. §. 43. D. *de aq. quot. et aestiva.* XLIII, 20. („Et datur interdum personis, interdum praediis. Quod praediis datur, *extincta persona non extinguitur:* quod datur personis, cum personis amittitur: ideoque neque ad alium dominum praediorum, neque ad heredem, vel qualemcumque successorem transit.") — L. 3. §. 1. D. *de censibus.* L, 15. [„Rebus concessam immunitatem non — intercidere, rescripto imperatoris nostri — recte expressum est: quippe personis quidem data immunitas cum persona extinguitur, rebus numquam (sc. *extincta persona*) extinguitur." — Cf. L. 1. §. 1. D. *de jure immunitatis.* L, 6.] — L. 6. §. 14. L. 8. §. 1. D. *de excusationib.* XXVII, 1. — Privilegiorum, quae personarum universitatibus concessa sunt, interimendorum ratio ex L. 4. §. 3. D. *de censibus*, et ex L. 7. §. 2. D. *quod cujusque universitatis nomine*, III, 4. aestimanda erit.

6) c. 7. Dist. 74. („Privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate.") — *Glück* Einleitung etc. §. 25. nr. III, A.

7) c. 5. *de rescr. in* 6to. I, 3. („Si gratiose tibi a Romano pontifice concedatur, ut beneficia, quae tempore tuae promotionis obtinebas, posses usque ad suae voluntatis beneplacitum retinere: hujusmodi gratia per ejus obitum, per quem ipsius beneplacitum omnino extinguitur, eo ipso exspirat. Secus au-

tem, si usque ad apostolicae sedis beneplacitum gratia concedatur. Tunc enim, quia sedes ipsa non moritur, durabit perpetuo, nisi a successore fuerit revocata.") — Neque vero privilegia gratiosa, ut vocant, ac multo minus gratis ex precibus impetrata, pro precario f. ad beneplacitum concessis habenda sunt. Cf. *Gebauer* l. l. §. 20. 21. — *Glück* Comment. nach *Hellfeld*. II. §. 107. 108.

8) Vid. §. 55. not. 5. 9. Add. L. 5. C. *de aquaeducta*. XI, 42. — L. 2. §. 10. D. *ne quid in loco publico*. XLIII, 8. („Quotiescunque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine injuria cujusquam fiat.") — Cf. L. 2. §. 16. *eod.* — Vid. *Struben* rechtl. Bedenken. II. Nr. 80. IV. Nr. 21. — *Hommel* rhapsod. quaest. Nr. 469. in fin.

9) Qua quidem in re recte aestimanda inprimis observandum est, non ubique unam esse eandemque juris publici notionem. Confr. inter se L. 29. C. *de pactis*. II, 3. („Si quis in conscribendo instrumento *sese confessus fuerit non usurum fore praescriptione propter cingulum militiae suae, vel dignitatis, vel etiam sacerdotii praerogativam*, licet antea dubitabatur, si oporteret eandem scripturam tenere, et eum, qui hoc pactus est, non debere adversus suam conventionem venire, vel licentiam ei praestare, discedere quidem ab scriptura, suo autem jure uti: sancimus, nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere; si enim et ipso praetoris edicto pacta, quae neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt, quare et in hac causa pacta non valeant, cum alia sit regula juris antiqui, *omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renunciare*") — et c. 12. X. *de foro competente*. II, 2. („— manifeste patet, quod — — pacisci non possunt (clerici), ut secularia judicia subeant, cum non sit beneficium hoc personale cui renunciari valeat, *sed potius toti collegio ecclesiastico sit publice indultum, cui privatorum pactio derogare non potest*.") Cfr. *Hufeland* l. l. p. 285 — 289. — Caeterum „nec labefactatur (immunitas) *si quis — voluntate sua honorem aut munus susceperit*." L. 2. pr. D. *de veteranis*. XLIX, 18. — L. 2. C. *de his qui sponte publica munera subeunt*. X, 43.

10) Nam cum jure singulari recepta sit temporis praescriptio, sequitur, ut tempore jura non amittantur, nisi de quibus id aperta legum sanctione constitutum sit. Ideo ad similia non erit transferenda L. 1. D. *de nundinis*. L, 11. „Nundinis impetratis a principe, non utendo qui meruit, decennii tempore usum amittit."

11) Exempla vid. in c. 6. et 15. X. *de privilegiis* V, 33. — Caeterum de tota hac quaestione conferendi sunt inprimis: *Glück* Commentar nach *Hellfeld*. II. §. 110. — *Ejusdem* Einleitung etc. §. 25. III. B. b. — *Thibaut* üb. Besitz u. Verjähr. §. 62. — *Dabelow* über die Verjähr. II. §. 194. — *Hufeland* l. l. p. 274 — 280.

§. 81.

c) Privilegiorum vis.

In privilegiorum vi dijudicanda ante omnia de eorum argumento videndum est, cui quidem eruendo, siquidem non per se sit manifesta privilegii sententia, aut simile quoddam, cujus ad instar facta sit concessio [1]), inservire potest, aut regularum cum de conventionibus, tum vero maxime de legibus interpretandis usus [2]). Cum autem jus non sit, nisi cui insit vis cogendi (§. 74.), sequitur, ut non possint non privilegiario quoque competere actiones, quibus jus suum ab aliorum injuriis tueatur atque defendat [3]). Neque vero adversus quemcunque, qui idem privilegii genus usurpet, jure prohibendi utetur privilegiarius, nisi ipsius jus privum sit atque proprium, quale est monopolium [vocant *jus exclusivum* [4])]. Caeterum privilegiorum, quae simpliciter rebus causisque concessa sunt, eam esse vim, ut ad heredes aliosque successores transeant, inter omnes certo constat. Quae personis vero deferuntur, quod quidem attinet causam eorum atque jus ipsum, numquam transmittuntur, exercitium tamen item plerumque transferri potest [5]), quoad id aut per privilegii naturam fieri possit [6]), aut per leges, quippe quae eum nonnullis privilegiis modum constituerunt, ut etiam usus eorum in solius privilegiarii persona consisteret. Atque juris nostri auctores, de obligationum actionumque privilegiis disserentes, quae quidem successoribus quoque privilegiarii deferuntur, ea *causae* privilegia vocant, *personae* vero, quae nullo pacto, ne si nata quidem sit actio, quacum conjunctum est privilegium, ad successores transeunt [7]).

1) Exempla sint: L. 7. C. *de advocatis diversorum judiciorum.* II, 7. — c. 2. *de privilegiis* in 6to. — *Stryk* de privilegio tit. oneroso quaesit. c. I. §. 15. — *C. A. Rinder* de privilegiis ad instar. Altd. 1714. 4.

2) Atque ea quidem praecepta, quae de conventionibus interpretandis tradi solent, tunc maxime adhibenda erunt, cum cui quid indulsit princeps ex eo genere, cujus plenissima apud eum est statuendi facultas. (L. 5. D. *de constit. princip.* — L. 2. C. *de bonis vacant.* X, 10. — c. 22. X. *de privilegiis.* Cf.

Schilling [illegible] pars prima [illegible] Lib. I. T. IV. § 13 — Leyser medit. ad Pand. spec. 11. med. 5.] Caeterumque [illegible] in primam inquisitionem tum in privilegiorum interpretatio[ne] ante omnia grammaticae interpretationis praecepta observanda sunt § 61. seq. 1. 2. 4. quae si non sufficiant, de consilio legislatoris atque privilegii argumento quaestio instituenda est. Quod quidem nimium, ut non [illegible] debet (L. 19. D. de le[g.] [illegible]), ita nec callida verborum interpretatione efficiendum, [illegible] juris sibi concessi commodum omne ad privilegiat[um] pertineat L. 2. C. de praepositis agentium in reb. XII, 21. C[f.] § 62. in f. seq. 2. et infra [illegible], cum in ambiguo p[o]situm est privilegii argumentum, ea potissimum accipienda [est] sententia, quae quam proxime ad juris communis ratione[m] accedit L. 55. pr. C. de inoff. test. III. 28. Cf. § 63. not. 1. Neque vero unquam committendum, ut ex juris singularis privilegiique ratione ad similia procedatur. § 64. not. 11. Add. Sam. Stryk de privilegiorum interpretatione. Frf. 1685. 4. maxime c. V. — G. J. Scein (Pr. C. J. de Gudenus) de privilegiorum extensione. Erford. 1725. 4. — J. H. Böhmer de fin. priv. seq. c. II. § 8 — 10. — Wernmuth l. l. § 13.]

3) *Wernmuth* l. l. § 19.

4) At in dubio privilegium, quamvis indefinite scriptum, pro exclusivo non est habendum, *Leyser* spec. 10. med. 4., nisi alterius interventu futurum esset, ut jus alterius vanum prorsus atque inutile redderetur. Cf. *Wernmuth* l. l. C. I. § 10.

5) L. 6. D. *de in integrum restit.* IV, 1. — L. 24. D. *de minorib.* IV, 4. — L. 6. in f. D. *de her. vel act. vend.* XVIII, 4. — Cf. *Leyser* spec. 10. m. 2. („Privilegium personale alteri locari potest.")

6) *Auctoris* Cession d. Forderungsr. p. 284. 285. 539. 540. (ed. 2.) (ad L. 9. §. 8. D. *de publicanis.* XXXIX, 4.)

7) L. 196. D. *de reg. jur.* („Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae: et ideo quaedam ad heredes transmittuntur, quae causae sunt, quae personae sunt, ad heredem non transmittuntur.") — L. 68. *eod.* („In omnibus causis id observatur, ut, ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat, ubi vero genus actionis id desiderat, ibi, ad quemvis ejus persecutio devenerit, non deficiat ratio auxilii.") Cf. L. 42. D. *de administr. et peric. tut.* XXVI, 7. — Atque hoc quidem sensu non dubitamus, quin plerumque privilegia esse causae statuamus. (Vid. supra not. 2. et 5.; cfr. *Auctoris* Pr. de jure ejus cui actionib. cessit creditor, III. §. 7 — 9., et Cession d. Forderungsr. p. 283 et 547 sqq.) Quodsi vero de eo ambigitur, utrum personae an rei concessum sit privilegium? quoniam haec quaestio magis ad privilegii argumentum eruendum quam ad vim ejus explicandam pertinet, iis esse assentiendum putamus, qui privilegium in dubio esse personale judicent. Neque contraria est L. 4. §. 5. D. *de censib.* L, 15. — Caeterum cf. *J. N. Hert* de transitu privilegii personalis ad alios (opuscul. Vol. I. T. 3. p. 16 sqq.). — *C. G. Einert* exerc. qua privilegium in dubio magis pro personali, quam reali reputandum esse — disp. (Lips. 1778. 4.) §. 4 sqq. — *Gebauer* l. l. §. 17 — 19. — *L. R. Berner* de privilegio in dubio

magis pro reali, quam pro personali, nisi transitum, spectet ad successorem singularem, praesumendo. (Heidelb. 1817.) §. 13. sqq.

CAPUT II.
DE JURIS MATERIA.

§. 82.
Loci constitutio.

Omnis faciendi omittendique conditio, in qua quiem jus versatur, habeat aliquid necesse est, ad quod eferatur, quodve tamquam materia ei sit propositum. am vero, qui subtilius his de rebus disserunt, juris ateriam omnem in his esse positam affirmant, quae eri jure possint (cf. §. 77. not. 3.); recte id quidem, in singulis juribus explicandis, quanam in re posita nt, quaerimus. Quoniam autem hoc quidem loco non isi ea indaganda sunt, e quibus, velut primis elemenis, omne jus constat et quasi conflatur, haud scio an ectius duo illa nominentur, quae ut materia, in qua mnino versetur jus, huic subjecta sunt, et res, quae ractantur in vita, et facta, quibus actio vitae contineur; de quibus nunc singulis ordine dicamus.

SECTIO I.
DE REBUS.

§. 83.
Rei notio.

Rei appellatio latissime patet, quippe et causas omplectens (ut, si *rem judicatam* dicimus), et jura, et acta qualiacunque [1]). At plerumque magis contrahiur rei significatio, ut ea tantummodo contineat, quae ure nostro afficiuntur eique sunt subjecta; in qua qui-

dem etiam insunt facta, his tamen exceptis, quae ad solos eventus caussasque jurium et constituendorum et immutandorum referri conveniat. Est autem utique latior, quam pecuniae, rei appellatio, quae etiam ea, quae extra patrimonium nostrum sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt [2]), seu in bonis [3]).

1) L. 25. D. *de V. S.* — Pr. J. *de obligat. ex delicto.* („— nam omnes obligationes *ex re* nascuntur, i. e. *ex ipso maleficio.*") — L. 1. C. *de lib. causa.* VII, 16. („Rem illicitam et inhonestam admisisse te confiteris" etc.)

2) L. 5. pr. D. *de V. S.* — L. 222. *eod.* „Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli, quam mobiles, et tam corpora, quam jura continentur."

3) L. 49. D. *de V. S.* („In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur —. Aeque bonis adnumerabitur, si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus.") — Cf. L. 9. D. *rem pupilli salvam fore.* XLVI, 6. „Cum pupillus a tutore stipulatur *rem salvam fore, non solum quae in patrimonio habet, sed etiam quae in nominibus sunt,* ea stipulatione videntur contineri."

§. 84.

Rerum divisiones *). A. *Res in commercio et extra commercium constitutae.*

Commercium earum rerum esse dicitur, quae, ut usibus privatis destinari, ita et in obligationem deduci, et alienari acquirique possunt [1]). Commercio autem quarumdam rerum aut simpliciter homines prohibentur, aut non usquequaque valet ejusmodi prohibitio [2]). Caussae vero rerum commercio eximendarum vel in rerum ipsarum natura atque indole positae sunt [3]), vel in honestatis ratione [4]), vel ad religionem, quam in civitate aliqua homines profitentur, vel ad privatorum jura tuenda spectant [5]), vel ad politiae [6]) redituumque publicorum rationem [7]), denique ad rempublicam omnibus ejus partibus bene gerendam atque administrandam pertinent [8]).

*) Inst. *de rerum divisione et qualitate.* Pr. §. 1 — 10. — Dig. *de rerum divisione et qualitate.* I, 8. — *H. Donelli* commentarii jur. civil. Lib. IV. c. 6.

1) *Brissonius* de V. S. voce: *commercium.*

2) Exempla vid. L. 3. in f. D. *de vacat. et excus. muner.* L. 5. („Senatores autem hanc vacationem habere non possunt: *quod nec habere illis navem ex Lege Julia repetundarum licet.*") — Tit. Cod. *quae res exportari non debeant.* IV, 41. — Tit. Dig. (XLIV, 6.) et Cod. (VIII, 37.) de *litigiosis.*

3) §. 1. J. *de inutilib. stipulat.* III, 20.

4) v. c. L. 106. D. *de reg. jur.* — L. 9. §. 2. D. *de statu liber.* XL, 7. §. 7. J. *mandati.* L 20. L. 63. §. 1. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1. L. 26. L. 27. pr. L. 55. §. 1. L. 125. D. *de V. O.* XLV, 1. L. 6. 15. 30. Cod. *de pact.* II, 3.

5) Quo in genere sunt rerum alienandarum prohibitiones, quae in privatorum utilitatem constitutae sunt.

6) L. 3. in f. *de exc. et vacat. muner.* (not. 2.)

7) Tit. Cod. *Quae res venire non possunt et qui vendere vel emere vetantur.* IV, 40.

8) L. 7. §. 16. L. 28. pr. D. *de pactis.* II, 14.

§. 85.

Rerum commercio exemtarum praecipuae species.
1) *Res divini juris;* a) *res sacrae.*

Divini juris res, quae quidem rebus humani juris opponuntur, sunt res sacrae, et religiosae, et quodammodo etiam sanctae [1]); quarum quidem tuendarum causa, etsi proprie sunt nullius, tamen actiones competunt aut civium cuique, aut ei, cui damnum aut incommodum aliquod ex earum violatione irrogetur [2]). Et sacrae res e veterum Romanorum disciplina vocantur, quae Diis superis publice rituque solemni [3]) consecratae sunt [4]); quae, ut non recipiunt aestimationem [5]), ita etiam alienari obligarique prohibentur, excepta videlicet causa redemtionis captivorum, itemque famis, tum etiam aeris alieni, siquidem debitrix sit ecclesia, nec aliunde debitum exsolvi possit [6]). Manet autem sacra res, donec aut sacris inde evocatis religione liberata sit, aut ab hostibus capta, necdum quasi quodam postliminio reversa, pristino suo statui restituta sit [7]). Sacrae vero res a rebus ecclesiasticis, quae quidem ad ecclesiae patrimonium referuntur, eo potissimum differunt, quod hae nec consecratae, nec commercio exemtae s---

licet causa vel necessitatis vel utilitatis, ut possint alienari, adesse debeat [8]).

1) L. 1. pr. D. *h. t.* — *Ael. Gallus* ap. *Festum* de V. S. v. *religiosus.* (*Gothofredi* auctores lat. linguae. p. 403.) — *Aurel. Macrobii* Saturnalior. Lib. III. c. 3. — *H. Donellus* comment. jur. civ. Lib. IV. c. 1.

2) L. 1. pr. D. *de interd.* XLIII, 1. L. 2. §. 1. *eod.* [„Interdicta autem competunt vel *hominum causa*, vel *divini juris* —, sicut est, ne quid in loco sacro fiat, vel quod factum est restituatur (Dig. XLIII, 6.), et de mortuo inferendo vel sepulchro aedificando."]

3) Nam „si quis auctoritate sua quasi sacrum sibi constituit, sacrum non est sed profanum." §. 8. J. *h. t.* L. 9. §. 1. D. *h. t.* — Nec obstat L. penult. D. *de pactis.* II, 14. („Nemo paciscendo efficere potest, *ne sibi locum suum dedicare liceat.*") Vid. *Th. Marcilii* not. ad §. 8. J. *h. t.* (adj. *Jan. a Costae* comment. Inst. cur. *Jo. v. de Water.*)

4) *Gaji* instit. II. §. 4. L. 9. pr. *h. t.* — *H. Grotii* florum sparsio ad jus Justinianeum. p. 51 — 53.

5) L. 9. §. 5. D. *h. t.*

6) L. 21. C. *de sacros. ecclef.* I, 2. Nov. 120. c. 10. Conf. Nov. 7. c. 8.

7) L. 9. §. 2. in f. *h. t.* L. 36. *de relig.* XI, 7. — Cf. L. 6. §. 3. *h. t.* *Plinii* epist. X. ep. 76.

8) De bonis ecclesiasticis vid. L. 14. 17. 25. C. *de sacrosanct. eccles.* — Nov. 7. et 120. — Caeterum de hujus doctrinae usu hodierno cf. *Glück* Comment. nach *Hellfeld.* II. §. 166 — 168.

§. 86.

b) *res religiosae.* *)

Religiosae res, quae quidem ex veterum superstitione Diis manibus relictae sunt [1]), mortuorum illatione fiunt, dummodo quis aut in suum locum, aut in communem, aut in alienum, domino scilicet concedente vel postea ratum habente, inferat mortuum [2]). At communem locum, eumque purum [3]) socio, invitis caeteris, extranei quidem mortui illatione [4]), religiosum facere non licet, sed si prohibeatur, interdicto de mortuo inferendo utiliter aget, scilicet ut inferre ei liceat; nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jaceant, stricta ratio insuper habenda est [5]). Idemque de domino proprietatis dicendum, si in fundum, cujus ususfructus alienus est, mortuum inferre velit [6]).

Quodsi

Quodſi quis mortuum in locum alienum intulit vel inferendum curavit, in factum actione tenebitur et poenae pecuniariae ſubjicietur [7]). Eſt autem ſepulcrum, ubi corpus oſſave hominis condita ſunt, ut monumentum ſive cenotaphium non ſit locus religioſus [8]); quodſi in diverſis locis ſepultum eſt cadaver, tum ille locus religioſus ſit, ubi, quod eſt principale, conditum eſt, i. e. caput [9]). Caeterum res religioſae quippe commercio exemtae, neque in uſus profanos adhiberi [10]), neque alienari poſſunt [11]), nec proprie in dominio habentur [12]). Eſt tamen jus aliquod ſepulcrorum privatum, quod, ut actionibus defendi poteſt [13]), ſic etiam ſucceſſoribus defertur; quo quidem nomine hereditaria ſepulcra a familiaribus Romani diſtinguunt [14]). Quemadmodum autem in illis etiam liberi cujuscunque gradus ſepeliri poterunt, ſive heredes extiterint, ſive ſeſe abſtineant, et emancipati et exheredati adeo, niſi ſpecialiter teſtator eos vetuerit; ita in familiae ſepulcra heredes quoque extraneos inferre licet [15]). Deſinit autem locus religioſus eſſe, cum, ut reliquiae transferantur, rite impetratur, itemque, capto ab hoſtibus loco [16]).

*) Dig. (XI, 7.) et Cod. (III, 44.) *de religioſis (et ſumtibus funerum.)*

1) *Gaji* inſt. II. §. 4.

2) L. 6. §. 4. *de rer. diviſ.*

3) L. 2. §. 4. D. *h. t.* („Purus autem locus dicitur, qui neque ſacer, neque ſanctus eſt, neque religioſus, ſed ab omnibus hujusmodi nominibus vacare videtur"). §. 9. J. *de rer. div.* „In commune vero *ſepul-crum* etiam invitis caeteris licet inferre".

4) „Nam ex ipſis dominis quemlibet recte ibi ſepeliri conſtat, etiam ſine caeterorum conſenſu, maxime cum alius non ſit locus, in quo ſepeliretur." L. 41. D. *h. t.*

5) L. 43. D. *h. t.* quem in loc. vid. *Cujacius* Lib. III. obſ. 22.

6) L. 2. §. 7. D. *h. t.* L. 43. *eod.* „nam ſi intulerit, non faciet juſtum ſepulcrum: ſed ſi prohibeatur, *utiliter* interdicto, quo de jure dominii quaeritur, aget."

7) L. 2. §. 1, 2, 3. L. 7. L. 8. pr. §. 4. *h. t.* — Cf. et *Pauli* ſent. rec. Lib. I. T. 21. §. 2 ſqq. L. 8. §. 2. D. *h. t.* L. 12. C. *eod.* L. 3. §. 5. D. *de ſepulcro violato* XLVII, 12.

8) L. 6. in f. et L. 7. D. *de rer. div.* („Cenotaphium quoque magis placet locum eſſe religioſum, ſicut teſtis in ea re eſt Virgilius. (L. 7.) Sed Divi Fratres contra reſcripſerunt." L. 6. §. 1. D. *h. t.* — Caeteroquin v. de cenotaphiis L. 2. §. 6. et L. 42. D.

h. t. — *Jac. Gothofredi* de cenotaphio diatr. (opp. min. ed. *Trotz* p. 325 ſqq.). *Corn. v. Bynkershoek* obſ. jur. rom. Lib. 1. obſ. 5.

9) L. 44. pr. D. *h. t.* Cf. *Bynkershoek* l. l. in f.

10) L. 12. §. 1. D. *h. t.*

11) L. 2. C. *h. t.* („— religioſus iſte (locus) efficitur. Quo facto monumentum neque venire, neque obligari a quoquam prohibente juris religione poſſe, in dubium non venit"). L. 9. *eod.* L. 1. §. 9 D. *de O. et A.* XLIV, 7. — Secus ac jus in locum purum inferendi mortuum, quippe cujus omnino eſt liberum commercium. L. 6. §. 1. D. *h. t.* L. 14. C. *de legat.* VI, 37.

12) L. 4. C. *h. t.* („Si *ſepulcrum* monumenti appellatione ſignificas, ſcire debes, jure dominii id nullum vindicare poſſe"). L. 4. D. *de mortuo inferendo* XI, 8. „Longa poſſeſſione jus ſepulchri non tribui ei, cui jure non competit".

13) L. 2. §. 2. D. *de interd.* XLIII, 1. („Sed et illa interdicta, quae de locis — religioſis proponuntur, *veluti proprietatis cauſam continent*"). L. 1. et 3. D. *de mortuo inferendo.*

14) L. 5. L. 6. pr. D. *h. t.* L. 4, 8, 13. C. *eod.* — Cf. L. 33. D. *h. t.* L. 42. §. 1. D. *ad Sct. Treb.* XXXVI, 1.

15) Cf. loc. not. 14. citt. *B. Briſſonii* antiquitt. Lib. II. c. 14. — Diſſent. *G. L. Menken* D. de jure ſepulchrorum familiarium atque hereditariorum etc. (Opuſc. Hal. 1770. 8. Nr. III.) §. 4 ſqq.

16) L. 44. §. 1. D. *h. t.* L. 1, 10, 14. C. *eod.* — L. 36. D. *h. t.* — (De uſu hujus Romanorum doctrinae in foris noſtris v. *Glück* l. l. T. XI. §. 767. et §. 768. in f.).

§. 87.

c) *Res ſanctae.*

Sanctae res (befriedete Sachen) dicuntur, quae ab injuria hominum ſingulari quadam legum ſanctione defenſae ac munitae ſunt [1]); eademque velut ſanctitas nonnumquam etiam perſonis tribuitur [2]). Neque vero rerum ſanctarum una eſt omnium conditio, ideo quod aliae ritu ſolemni inaugurantur, aliae non item [3]). Quoniam vero neutrae earum Deorum ſunt velut propriae, apparet, quare eas *quodammodo* eſſe divini juris dicatur [4]).

1) L. 8. L. 9. §. 3. et 4. L. 11. D. *h. t.* L. 2. D. *ne quid in loco ſacro fiat* XLIII, 6. („In muris, itemque portis et aliis ſanctis locis aliquid facere, ex quo damnum aut incommodum irrogetur, non permittitur"). L. 9. §. 1. D. *de injur.* XLVII, 10. („Sed etſi in theatro vel in foro caedit et vulnerat, quamquam non atrociter atrocem injuriam facit"). L. 16. §. 4. D. *de poenis* XLVIII, 19. („Locus facit, ut idem vel furtum vel ſacrilegium ſit, et capite luendum vel minore ſupplicio"). L. 3. §. 17. D. *de re milit.* XLIX, 16.

2) Velut parentibus et patronis, (L. 9. D. *de obsequiis parentibus et patr. praestandis* XXXVII, 15.), legatis (L. 17. D. *de legationib.* L. 7.) etc.

3) *Plutarchi* quaestiones romanae c. 27. *Festus* de V. S. v. *rituales* (ap. *Gothofred.* p. 409. — „*qua Sanctitate* muri, *quo jure* portae" —). Cfr. *Vinnius* ad §. 10. J. *h. t.* *Schulting* Enarr. part. primae Dig. ad Tit. de rer. divis. §. 10. *E. C. Westphal* üb. die Arten d. Sachen etc. §. 7. p. 8, 9.

4) §. 10. J. et L. 1. pr. *h. t.* cf. *Cic.* de natura deor. III, 40. *Noodt* comment. ad Dig. p. 51. (opp. T. II).

§. 88.

2) *Res humani juris eaeque commercio exemtae* *); a) *res communes.*

Rerum communium loco eae habentur, quarum dominium nullius, usus vero omnium est, velut aër, aqua profluens, mare, litora maris [1]). Usum tamen eum intelligimus, qui aliis sit innocuus [2]); quodsi ita quis uti prohibeatur, injuriarum agi poterit [3]). Sunt autem praeterea haec inprimis observanda: 1) ejus, cujus sit solum, et omne supra id coelum esse [4]); 2) maris litora, qua terram contingant, in quam populus Romanus imperium habet, itidem esse populi Romani, et quodammodo rerum publicarum jure aestimari [5]): est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit [6]). Denique 3) posse et maris et litoris particulas in privatorum dominium redigi, idque vel maxime fieri aut moles jactando aut aedificia exstruendo, quibus quidem vel dirutis vel a mari rursus occupatis, quae antea fuerint dominio cujusquam subjecta, pristino suo statui restituuntur [7]).

*) *H. Donelli* commentarii jur. civil. Libr. IV. c. 2—5.

1) §. 1. J. *h. t.* L. 2. §. 1. D. *eod.*

2) L. 4. pr. D. *h. t.* („Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis, et monumentis abstineatur: quia non sunt juris gentium, sicut et mare"). L. 2. §. 8 D. *ne quid in loco publico fiat* XLIII, 8. („Adversus eum, qui molem in mare projecit, interdictum utile competit ei, cui forte haec res nocitura sit: si autem nemo damnum sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat, vel molem in mare jacit"). L. 3. §. 1. *eod.* („Maris communem usum omnibus hominibus, ut aëris, jactasque in id pilas ejus

esse qui jecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit") L. 4. *eod.* L. 1. §. 1 D. *de O. N. N.* XXXIX, 1. L. 1. §. 17. D. *de fluminibus* et XLIII, 12. „Si in mari aliquid fiat, Labeo ait competere tale interdictum: *ne quid in mari, inve litore, quo portus, statio* (§. 15. eod. *iterve navigio deterius fiat*").

3) L. 2. §. 9. D. *ne quid in loco publico fiat.* L. 13. §. 7. D. *de injuriis*, XLVII, 10.

4) L. 22. §. 4. D. *quod vi aut clam*, XLIII, 24.

5) L. 3. pr. D. *ne quid in loco publico.* (Quem quidem locum aliter explicant *Ulr. Huber* Digr. jur. Justin. IV, 15. et *Corn. v. Bynkershoek* de dominio maris Diss. c. 9. (opp. T. II. p. 99 sqq.) Cf. etiam *Jan. a Costa* ad pr. J. *h. t.* ex edit. *Wateri* p. 141—145.

6) §. 3. J. *h. t.* L. 96. pr. *de V. S.* („Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit, idque Marcum Tullium ajunt cum arbiter esset, primum constituisse"). L. 112. *eod.* Cf. Cicero Top. 7. — *Averanii* interpret. jur. I, 20. *Majansii* Dispp. jur. (Lugd. Bat. 1752. 4) T. II. Nr. 70.

7) L. 30. §. 4. D. *de adq. rer. domin.* XLI., 1. („Si insulam in mari aedificaverim, continuo mea fit, quoniam id, quod nullius sit, occupantis fit"). L. 6. pr. L. 10. D. *h. t.* („Aristo ait, sicut id, quod in mare aedificatum sit, fieret privatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum"). Cf. Libr. Basil. XLVI, 3. Fr. 8. (T. VI. p. 164.) et Schol. Basil. ib. p. 170. not. u. L. 14. D. *de adq. rer. domin.* XLI, 1.

§. 89.

b) *Res publicae et universitatis.*

Rerum publicarum, quae quidem in populi alicujus sunt velut patrimonio [1]), duplex est genus distinguendum. Unum, quarum usus spectat ad omnes, qui sunt ejusdem populi, ut flumina publica [2]) ripaeque eorum, ut portus, ut viae publicae [3]). Alterum est earum, quae in pecunia populi s. in bonis habentur, quales sunt agri reditusque publici [4]); a quibus etiam differunt res, quae ad principis patrimonium referuntur [5]), hac tamen inter utrasque similitudinis ratione intercedente, quod arctis quibusdam finibus circumscriptum est earum commercium, neque vero utique eo prohibentur homines privati [6]). Atque res quidem ad civitates aliasque universitates pertinentes item duplicis sunt generis: aut enim in omnium, qui ejusdem universitatis sunt, usu habentur, aut in universitatis sunt pecunia, quae quidem sumtus, in communem omnium utilitatem erogandos, sup-

peditet [7]. Jam vero quod ad res publicas ex priore illo genere attinet, ut simillimae hae fere sunt rerum communium, nisi quod certi alicujus populi finibus continentur, nec eodem modo, ut communium, singulae earum particulae in privatorum dominium rediguntur [8]), ita simili quoque ratione usus earum publicus et actionibus defenditur [9]), et prohibetur, ne quid fiat, quo aut rebus ipsis aut aliis hominibus noceri possit [10]). Sunt autem in praecipuarum hujusmodi rerum numero habendae et viae publicae, inter quas plerumque etiam vicinales, nonnumquam adeo privatas referri convenit [11]), et flumina publica s. perennia, quae quidem saepissime a rivis fluminibusque privatis non nisi aut magnitudine aut circumcolentium existimatione discerni possunt [12]). Atque fluminis publici usus ita est promiscuus omnibusque communis, ut ad unum aliquem, etiamsi solus is per longum tempus illo usus sit, pertinere nequeat; de eo tamen, num is, qui in fluminis publici diverticulo solus piscatus sit, alterum eodem uti prohibere possit, jam inter veteres videtur fuisse dissidium [13]). Riparum quoque usus communis est, quamvis proprietas sit illorum, quorum forte praediis haereant [14]). Est autem ripa locus, fluminis velut muniendi causa naturaliter constitutus, ex quo a plano vergere coepit usque ad aquam [15]).

1) L. 14. pr. D. *de adq. rer. dom.* XLI, 1. — At (quae est hujus vocabuli vis) nunc etiam communes res hoc nomine appellantur, (v. c. L. 14. pr. D. *de adq. rer. dom.*) nunc res civitatum (L. 15, 17. D. *de V. S.*).

2) Cf. *Vinnius* ad §. 2. J. *h. t.* („Non idem esse aquam profluentem ac flumen".)

3) L. 4. § 1. L. 5. pr. D. *h. t.* L. 3. D. *de fluminibus* XLIII, 12. — Atque hae quidem proprie ita audiunt: L. 6. pr. L. 72. §. 1. D. *de contr. emt.* XVIII, 1.

4) L. 17. D. *de V. S.* — Tit. Dig. XLIII, 9. (*de loco publico fruendo*).

5) L. 39. §. 10. D. *de leg.* I. — Cf. T. T. Cod. XI, 61 — 68.

6) L. 9. D. *de usurp.* XLI, 3. L. 12. §. 2. D. *de Publ. in rem act.* VI, 2. — L. 39. §. 8. 10. *de leg.* I. L. 3. C. *ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione summoveatur* VII, 38.

7) L. 6. §. 1. D. §. 6. J. *h. t.*

8) Vid. v. c. §. 22. J. *h. t.* L. 50. §. 1. D. *de acq. rer. domin.* Cf. H. *Donelli* comm. jur. civ. Lib. IV. c. 5. §. 11. *Th. Marcilii* not. ad §. 5. J. *h. t.*

9) L. 1. pr. D. *de interdictis* XLIII, 1. („Publica interdicta sunt de locis publicis, de viis, deque fluminibus publicis"). L. 2. §. 1. *eod.* („Publicae utilitatis causa competit interdictum, ut via publica uti liceat, et flumine publico, et ne quid fiat in via publica"). — Tit. Dig. XLIII, 7. (*de locis et itineribus publicis*). L. 2. §. 45. D. *ne quid in loco publ.* T. T. Dig. XLIII, 11. (*De via publica et itinere publico reficiendo*). XLIII, 14. (*Ut in flumine publico navigare liceat*). XLIII, 15. (*De ripa munienda*).

10) L. 24. D. *de damno infecto.* XXXIX, 2. („Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum. In his igitur cuilibet licet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat.") T. T. Dig. XLIII, 8. (*Ne quid in loco publico vel itinere fiat*). XLIII, 10. (*De via publica, et si quid in ea factum esse dicatur*). XLIII, 12. (*De fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat quo pejus navigetur*). XLIII, 13. (*Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit*).

11) a) L. 2. §. 21, 22. D. *ne quid in loco publ. fiat.* — (§. 22.). — „Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales. Publicas vias dicimus (quarum etiam solum publicum est, §. 21. cit.), quas Graeci βασιλικάς, nostri praetorias, alii consulares vias appellant. Privatae sunt (quarum solum alienum est §. 21. cit.), quas agrarias quidam dicunt. Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt; has quoque publicas esse quidam dicunt: quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est." — At „viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non exstat, publicarum viarum numero sunt." L. 3. pr. D. *de loc. et itinerib. publ.* — Cf. *Hofacker* princ. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 751. — b) L. 2. §. 23. D. *ne quid in loco publ.*

12) L. 1. §. 1, 2, 3. D. *de fluminib.* Cf. *F. Gesterding* Beiträge zum Wasserrecht (Archiv für civilist. Praxis T. III. Abh. V.) Nr. 1. — Caeterum quomodo intelligenda sint haec verba: „flumina — *omnia* — publica sunt" (§. 2. J. *h. t.*), inprimis explicarunt *H. Donellus* l. l. C. III. §. 2. et *a Costa* ad §. J. cit. — Cf. etiam L. 4. §. 1. D. *h. t.* „Sed flumina *pene omnia* publica sunt."

13) L. 45. pr. *de usurp.* XLI, 3. coll. cum L. 7. D. *de div. temp. praescr.* XLIV, 3. *Unterholzner* die Lehre von der Verj. durch fortgesetzten Besitz §. 43. nr. 4. not. m. — Cf. tamen *Marcilii* not. ad §. 2. J. *h. t.* et *Noodt* ad Tit. D. *de rer. div.* (opp. T. II. p. 29).

14) L. 5. pr. D. *h. t.* §. 4. J. *eod.*

15) L. 1. §. 5. L. 3. D. *de fluminib.* Cf. *Marcilii* not. ad §. 5. J. *h. t.*

§. 90.

B) *Res nullius et alicujus.*

Nullius res modis pluribus dicuntur. Nam primum eas hoc nomine appellamus, quae omnino non ſunt in hominum commercio [1]); deinde, quae in ſingulorum non ſunt patrimonio, quarum quidem omne jus ad populos ſpectat, univerſitatesque [2]); denique, quae nunc quidem non ſunt alicujus, poſſunt tamen quandoque ad quempiam pertinere, ſive ad eum, cujus jam ſit deſignata perſona, ut in hereditatibus [3]), ſive quicunque eas ſibi voluerit habere [4]). Atque in poſteriore hoc genere et res ſunt, a dominis, qui antea fuerunt, derelictae, et ex communibus atque publicis rebus eae, quae concedi ſolent occupantibus [5]).

1) §. 7. J. *h. t.* L. 1. pr. D. *eod.* — *Chr. Thomaſii* Schol. *Ulr. Huberi* praelect. Inſtit. Libr. II. Tit. I. §. 9. adject.

2) L. 1. pr. D. *h. t.* „Quae publicae ſunt, nullius in bonis eſſe creduntur."

3) L. 1. pr. D. *h. t.* („Nam res hereditariae, antequam aliquis heres exiſtat, nullius in bonis ſunt"). L. 5. pr. D. *de pecul.* XV, 1.

4) At nonnumquam aliarum rerum poſſeſſores, derelictarum ſibi imponi dominium, pati coguntur. Tit. Cod. XI, 58. (*De omni agro deſerto, et quando ſteriles fertilibus imponuntur*).

5) §. 47. J. *h. t.* L. 57. §. 1. D. *de uſurp.* XLI, 3. L. 1. D. *pro derelicto*, XLI, 7. — §. 12. 18. J. *h. t.* L. 1. D. *de adq. rer. domin.* XLI, 1. — *J. A. L. Seidenſticker* comm. de fundamentis juris ſupremae poteſtatis circa adespota ex jure publico univerſali jure romano et jure publico germanico. Gott. 1784. 4.

§. 91.

C) *Res corporales et incorporales* *). — *Genus, res fungibiles, pecunia.*

Res corporales ſunt, quae cerni tangive poſſunt, ut fundus, mancipium, pecus, veſtis et alia innumerabilia ex hoc genere; incorporales, quae animo tantum atque intellectu percipiuntur, qualia ſunt, quae in jure conſiſtunt, velut ſervitus, hereditas, obligatio et actio [1]). Atque rebus incorporalibus etiam adnumerantur genera

et quantitates, ſi quae ſunt in obligatione, hoc modo, ut, quae ſit ſpecies debita, dici nequeat [2]). Eſt autem non una eademque eorum, quae genera dicuntur, natura. Nam alia ſunt genera ſumma, ut vocant, quae, cum res etiam inanes et prorſus nihili complectantur, in obligationem deduci plane nequeunt [3]); contra vero alia, quoniam corporibus conſtant, iisque et numero et formis certo definitis, (quale eſt legatum generale, ut dicitur), in rerum incorporalium numero haberi non poſſunt. Inter ea autem genera, de quibus hic quaeritur, inprimis eminent et rerum univerſitates, quatenus quidem non ſingulas res, ſed univerſum velut corpus intueamur [4]), et rerum fungibilium, quae vocantur [5]), quantitates. Ita enim appellamus res, quae, in obligationem deductae, aliae pro aliis, dummodo ſint ex eodem genere ejusdemque qualitatis, ſolvi reddique poſſunt. Licet vero ad res fungibiles plerumque ſint referendae res, quae pondere, numero et menſura conſtant, atque ex ceteris eae, quae uſu conſumuntur aut minuuntur [6]), privatorum tamen eſt liberum arbitrium ſtatuendi, quid in quovis obligationum genere alterum alteri dare reddereve oporteat [7]). Atque in fungibilium rerum genere habetur etiam pecunia ſignata ſ. numerata, ſi quidem non corpus nummorum ſpectatur, ſed, ut plerumque ſit, pretium atque aeſtimatio [8]).

*) Inſt. II, 2. (*de rebus corporalibus et incorporalibus*). — *H. Donelli* commentarii jur. civil. Lib. V. c. 1.

1) *Cicero* Top. c. 5. L. 1. §. 1. D. *h. t.* — *Ulpiani* Fr. XIX, 11. L. 14. pr. D. *de ſervit.* VIII, 1. L. ult. in f. C. *de praeſcr. longi temp.* VII, 33. — L. 43. §. 1. D. *de adq. rer. domin.* XLI, 1. („Incorporales res traditionem et uſucapionem non recipere manifeſtum eſt"). L. 3. pr. D. *de acq. r. am. poſſ.* XLI, 2. L. 4. §. 27. D. *de uſurp.* XLI, 3. Cf. *C. F. G. Meiſter* de philoſophia JCtorum romanorum ſtoica in doctrina de corporibus eorumque partibus (Gott. 1756. 4. et in opuſc.) §. 2—4. §. 7—10.

2) L. 54. pr. D. *de V. O.* XLV, 1. (v. infr. §. 94. not. 3. §. 7. pr. D. *de exc. rei jud.* XLIV, 2. („Nec intereſt, utrum in corpore hoc quaeratur, *an in quantitate, vel in jure*"). L. 30. pr. de leg. I. (— „ad corpora legata non pertinent, ſed ad ea, quae pondere, numero, menſura continentur"). — Cf. L. 1. §. 7. D. *ad Leg. Falcid.* XXXV, 2. *P. H. Tilemann* D. de genere et ſpecie JCtorum, Altd. 1681. 4.

3) L. 94. L. 115. pr. D. *de V. O.* XLV, 1. L. 1. C. *de dotis promiss.* V, 11. (cf. T. III. §. 597. not. 5).

4) Cf. §. 94. — v. et L. 5. pr. D. *de impens. in res dotal. fact.* XXV, 1. — „non enim ipso jure *corporum*, *sed dotis* fit deminutio."

5) Propter L. 2. §. 1. D. *de reb. credit.* XII, 1. „Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt: quoniam eorum (*al.* earum) datione possumus in creditum ire, quia (*al.* quae) in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie (cf. *Taciti* annal. IV, 61. L. 12. D. *de offic. praesid.* I, 18. L. 20. pr. D. *de a. v. omitt. her.* XXIX, 2.): nam in caeteris rebus in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest." — Cf. *Bynkershoek* obs. jur. rom. I, 10. et *Schotti* prolus. mox excitanda.

6) L. 2. §. 1. D. *de reb. cred.* L. 30. pr. *de leg.* I. L. 1. §. 7. D. *ad Leg. Falcid.* — §. 2. J. *de usufr.* L. 1. D. *de usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur* VII, 5. L. 3. §. 6. D. *commodati* XIII, 6. — *A. F. Schott* Prolus. qua res, quae functionem recipiunt, definiuntur (opusc. Lips. 1770, nr. VI. p. 212 sqq.).

7) Vid. e. gr. L. 3. §. 6. D. *commodati.* („Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat"). — L. 3. D. *loc.* XIX, 2.

8) L. 1. pr. D. *de contrah. emt.* XVIII, 1. („Origo emendi vendendique a permutationibus coepit: olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit: sed quia non semper, nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret: *eaque materia, forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate*"). — Cf. L. 1. C. *de ponderatoribus* X, 71. („Quotiens de qualitate solidorum orta fuerit dubitatio, placet, quem sermo graecus Zygostatem appellat, per singulas civitates constitutum, qui pro sua fide atque industria neque fallat, neque fallatur, contentionem dirimere.") L. 1. 2. C. *de veteris numismatis potestate* XI, 10. („Solidos veterum principum veneratione formatos, ita tradi ac suscipi ab ementibus et distrahentibus jubemus, ut nihil omnino refragationis oriatur, *modo ut debiti ponderis sint et speciei probae. — Pro imminutione, quae in aestimatione solidi forte tractatur, omnia quoque pretia specierum decrescere oportet*"). *B. Branchu* observation. Dec. altera (Lugd. Bat. 1723. 8.) c. 11, 12, 13, 14, 16. (*De pecunia quaedam, cum excursu politico, de ratione civitatis ditandae*, cap. 14. adj.) — A pecunia numerata corpora distinguuntur: L. 19. §. 2. D. *de cond. indeb.* XII, 6. (cf. L. 46. *eod.*) L. 5. pr. *de impens. in res dotal. fact.* XXV, 1. L. 34. §. 3, 4. D. *de leg.* I. L. 95. *de leg.* III. L. 94. §. 1. D. *de solut.* XLVI, 3. etc. Cf. *Joh. Averanii* interpret. jur. Lib. III. c. 10. nr. 3—5. — Pecunia autem numerata, quatenus ut corpus consideretur, ex locis his intelligi par est: L. 24. D. *depositi* XVI, 3. — L. 3. in f. et L. 4. D. *commodati.* L. 34. §. 1. D. *de leg.* I. L. 57. D. *de V. O.* XLV, 1. — Cf. et L. 79. §. 1. *de*

leg. III. „His verbis, quae ibi mobilia mea erunt, do lego, nummos ibi repositos ut mutui darentur, non esse legatos Proculus ait: at eos, quos praesidii causa repositos habet — legato contineri: et audisse se rusticos senes ita dicentes: *pecuniam sine peculio fragilem esse*; peculium appellantes, quod praesidii causa seponeretur." *Fr. G. Struve* (resp. *Gelhud*) D. de pecunia praesidii causa reposita, vom Spahr- oder Noth-Pfennig, Jen. 1710. 4. et inprim. *Branchu* l. l. c. 15. — *C. L. Crell* D. de peculio personarum sui juris. Viteb. 1751. *C. G. Haubold* de leg. nominis. (Lips. 1795.) §. 4. nr. II.

§. 92.

Rerum corporalium divisio in mobiles et immobiles *).

Rerum corporalium aliae sunt mobiles, quae salva sui forma loco moveri possunt, aliae immobiles, quae cum solo contineantur, moveri non possunt. Mobiles item bifariam dividuntur: aut enim anima carent, qualia sunt aurum, argentum, vestis, aliaque complura ex hoc genere, aut animatae sunt, quae etiam moventes seu se moventes appellantur, ut servi, ut animalia [1]). Atque ex priore quidem genere hae inprimis sunt insignes: supellex [2]), instructus et instrumentum [3]), vestimenta [4]), penus [5]), merx [6]), tignum [7]), ruta caesa [8]). Animalium autem tria genera distinguuntur: nam aut fera sunt, quibus etiam adnumerantur et apes, et columbae, et pavones, aut mansueta, aut mansuefacta [9]). Quae quidem distinctio ad ejus potissimum juris, quod ad animalium dominium vel adquirendum vel amittendum spectat, indolem recte aestimandam valet.

*) *L. G. Mogen* comm. de vera ac genuina rerum mobilium et immobilium indole, sec. diversa jur. rom. et germ. principia. Giss. 1760. 4.

1) L. 1. pr. D. *de aedil. ed.* XXI, 1. L. 2. D. *de supell. leg.* XXXIII. 10. L. 15. §. 2. D. *de re jud.* XLII, 1. L. 5. §. 1. D. *de requir. v. absentib. damnand.* XLVIII. 17. L. 93. D. *de V. S.* L. 49. §. 2. C. *de episc. et cler.* I, 3. etc.

2) L. 6. pr. D. *de supellectile leg.* XXXIII, 10. („Supellectilis eas esse res puto, quae ad usum communem patrisfamilias paratae essent, quae nomen sui generis separatim non haberent: quare, quae ad artificii genus aliquod pertinerent, neque ad communem usum patrisfamilias accommodatae essent, supellectilis non esse"). L. 1. et 7. pr. *eod.* — *Aegid. Menagii* amoenitat. jur. civ. c. 29. v. *supellex.*

3) L. 12. §. 27. D. *de instructo vel instrum. leg.* XXXIII, 7. „Sed si fundus non sit cum instrumento legatus, sed ita ut instructus sit: quaesitum est, an plus contineatur, quam si cum instrumento legatus esset? Et Sabinus — ad Vitellium scribit, fatendum esse, plus esse, cum instructus fundus legetur, quam si cum instrumento; quam sententiam quotidie increscere et invalescere videmus. — Et Sabinus definit, et Cassius apud Vitellium notat, omnia, quae eo collocata sunt, ut instructior esset paterfamilias, instructo, inquit, continebuntur." v. *Cujacii* Paratitl. ad Tit. Dig. cit. *Ant. Augustini* emendat. et opin. (*Otto* thes. T. IV.) Lib. II. c. 4. *Brisson.* voce *instrumentum* §. 2.

4) L. 23. D. *de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis.* XXXIV, 2. L. 127. D. *de V. S.* Cf. L. 15. §. 5. D. *de usufr.* VII, 1.

5) *Festus* v. *penora* (ap. *Gothofr.* p. 362. „Penora dicuntur res necessariae ad victum quotidianum, et locus eorum penarius"). L. 3. pr. D. *de penu legata.* XXXIII, 9. („— penu legata contineri, quae esui potuique sunt"). Cfr. *Brissonius* v. *penuaria* et *penus.*

6) L. 66. D. *de V. S.* („Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet"), L. 207. *eod.* („Mercis appellatione homines non contineri, *Mela* ait: et ob eam rem mangones non mercatores, sed venaliciarios appellari ait").

7) L. 62. D. *de V. S.* („Tigni appellatione in lege duodecim tabularum omne genus materiae, ex qua aedificia constant, significatur"). L. 1. §. 1. D. *de tigno juncto* XLVII, 3. („Tigni appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constat, vineaeque necessaria. Unde quidam ajunt, tegulam quoque, et lapidem, et testam, ceteraque, si qua aedificiis sunt utilia, — hoc amplius, et calcem, et arenam tignorum appellatione contineri").

8) L. 241. D. *de V. S.* („In rutis caesis ea sunt, quae terra non tenentur, quaeque opere structili tectorioque non continentur"). L. 17. §. 6. D. *de act. emti vent.* XIX, 1. („Si ruta et caesa excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta, quae eruta sunt, ut arena, creta et similia: caesa ea esse, ut arbores caesas, corbones et his similia"). *v. Brisson.* h. v. et *J. L. E. Püttmann* D. de rutis caesis. Lips. 1776 et in syll. varior. opusc. Nr. 10.

9) §. 14, 15. J. *h. t.* L. 1—5. D. *de adq. rer. dom.* XLI, 1. *J. W. Marckart* D. de divisione animal. juridica, in exercitt. academ. (Harderov. 1751. 4.). Nr. 8. — *C. G. Biener* Disp. jur. rom. et germ. de apibus. Lips. 1775. 4.

§. 93.

Atque rerum quidem immobilium, quae variis nominibus et rerum soli, et fundorum [10]) et praediorum appellantur, aliae aedificia sunt, s. aedes [11]), cum urbana, quae prae ceteris aedes, tum rustica, quae villae ex usu quidem communi dicuntur; aliae aedificiis vacuae,

quas quidem in urbe areas, rure autem agros appellare solent [12]). Neque vero his appellationibus eae omnino respondent, quibus praedia urbana distinguuntur a rusticis, quae quidem modo a materia, modo a fine, in quem parata sunt, modo a loco dicuntur [13]). Nonnumquam autem res per se quidem mobiles jure immobilium censentur, qualia sunt, quae fixa vincta vocantur, et si quae alia pertinentiarum, ut ajunt, loco habentur (§. 177), tum ex usu forensi legibusque quarundam regionum domesticis, nonnullae etiam res ex mobilium genere, quae propria sua vi atque natura constant, nec ulla parte ab immobilibus pendent [14]). Licet vero rerum mobilium atque immobilium distinctio in incorporalium rerum notionem proprie non cadat [15]), tamen interdum ad hanc quoque transferenda erit, ita quidem, si forte aut legislatores, aut homines privati, de toto patrimonio cogitantes, mobilium immobiliumque rerum tantum faciant mentionem, ut, quaenam jura cuique rerum generi tribuenda sint, cum ex voluntatis conjectura, tum adhibita aliarum legum similitudine, definiatur necesse sit [16]).

10) Fundorum appellationem ad aedes olim quidem non pertinuisse, didicimus potissimum ex *Cicerone* (Top. c. 4. et or. pro Caecina c. 19.) atque *Gajo* (Inst. II, 42.) vid. tamen L. 211. D. *de V. S.*: „Fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur." —

11) L. 41. §. 5. D. *de leg.* I. — („ex aedibus suis urbanis atque rusticis" —). Cf. *Brisson*. v. *aedes* §. 5.

12) L. 211. D. *de V. S.* — Cf. etiam L. 115. *eod.* „Fundus est omne, quidquid solo tenetur. Ager est, si species fundi ad usum hominum comparatur. Possessio ab agro juris proprietate distat: quidquid enim adprehendimus, cujus proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus. Possessio ergo usus, ager proprietas loci est. Praedium utriusque generale nomen est: nam et ager et possessio hujus appellationis species sunt."

13) L. 198. D. *de V. S.* §. 1. J. *de servit.* L. 1. pr. D. *comm. praedior. tam urbanor. quam rustic.* VIII, 4. — L. 5. 4. D. *in quib. mod. pign. tacite contr.* XX, 2. — L. 1. D. *de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.* XXVII, 9. — *A. Vinnii* sel. quaest. I, 50. *J. C. Koch* D. de praedio urbano et rustico. Jen. 1757. 4. rec. Giss. 1774. *A. D. Weber* Versuche üb. d. Civilr. p. 81—87.

14) Cf. *Runde* teutsch. Privatr. §. 254. *Glück* Comment. nach *Hellfeld* II. p. 525. ed. II. — v. tamen *Mogen* l. l. §. 18 sqq.

15) L. 7. §. 4. D. *de pecul.* XV, 1. L. 15. §. 2. D. *de re jud.* XLII, 1. L. 2. pr. C. *de quadriennii praescriptione.* VII, 57. L. un. §. 7. C. *de rei uxoriae act.* V, 13.

16) Arg. L. 143. *de V. S.* („Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem: habetur enim, quod peti potest"). L. 15. D. *de reg. jur.* — L. 47. *de contr. emt.* XVIII, 1. („Si aquaeductus debeatur praedio, et jus aquae transit ad emtorem" —) etc. — clem. 1. *de V. S.* (V, 11.) verb.: „Cumque annui reditus inter immobilia censeantur a jure" —. cf. et *Hauboldi* locum §. 91. not. 8. in f. laud.

§. 94.

D) *Res simplices et compositae* *). *Rerum universitates.*

Simplices res, quas unitas vocarunt Romani, sunt, quarum est partium inter se non intermissa conjunctio, ut homo, tignum, lapis et similia. Compositarum autem duo sunt genera. Unum est, quod ex pluribus inter se cohaerentibus rebus constat, qualia sunt aedificium, navis, armarium. Alterum, quod ex distantibus constat, uni tamen nomini subjectis, quam quidem prae ceteris vocant rerum universitatem [1]), contrario rerum singularium nomine opposito. Quoniam autem hujusmodi universitatum aliae corporibus consistunt, ut grex, taberna, bibliotheca, aliae aut incorporeis rebus aut utrisque simul, velut dos, peculium, hereditas, hinc orta est discrimen illud, quo juris universitates ab iis, quas facti vocant, discernuntur [2]). Sunt autem in eo jure, quod ad rerum universitates spectat, singularia quaedam recepta. Nam 1) jure aliquo in partem quandam bonorum ita constituto, ut totum illud velut corpus, non singulae res, quatenus per se considerantur, eo jure afficiantur, tum uti accessio, sic etiam deminutio ad eum pertinet, cujus causa constitutum est jus [3]). Quid? quod etiam pecudum greges, tamquam singulae res, una peti possunt vindicatione [4]). Praeterea 2) hereditatum nec non earum universitatum, quae ad illarum sunt similitudinem et velut imaginem conformatae, haec potissimum propria sunt, primum, quod simul et uno actu omnes, quae in iis continentur res, et corporales et incorporales, adquiruntur, deinde, quod hereditas etiam sine ullo cor-

pore habet juris intellectum adeoque personae vicem sustinet [5]), denique ad harum universitatum velut proprietates referri etiam possunt actiones illae, quae de universitate vindicanda propositae sunt [6]), quae quidem a singularum rerum petitione non uno modo differunt [7]).

*) *Seneca* ep. 102. *Id.* natural. quaest. II, 2. L. 30. pr. D. *de usurp.* XLI, 3.

1) Enimvero Romani iis quoque rebus, quae connexae vocantur, idem tribuebant nomen, velut *fundi, aedium universitas* etc. L. 30. D. *fam. ercisc.* X, 2. L. 7. §. 11. D. *de adq. rer. dom.* XLI, 1. L. 23. pr. D. *de usurp.*

2) *J. C. Hasse* über universitas juris und rerum, und über Universal- und Singular-Succession (Archiv für civilist. Praxis, Bd. V. Nr. I. p. 1 — 68.). — *Auctoris* observat. jur. rom. spec. I. c. I. (*Peculium, quatenus ad universitates, quas vocant juris, sit referendum*) §. 12.

3) §. 18. J. *de legat.* L. 21, 22. D. *de legat.* I. L. 34. pr. *de pignorib.* XX, 1.

4) L. 1. §. 3. L. 5. pr. L. 58. D. *de rei vind.* VI, 1. Cf. *Gaji* instit. IV, 17.

5) L. 50. pr. D. *de her. pet.* V, 3. L. 208. D. *de V. S.* — §. 2. J. *de hered. instit.* L. 31. §. 1. D. *eod.* XXVIII, 5. L. 22. D. *de fidejussorib.* XLVI, 1.

6) L. 1. pr. D. *de rei vind.* — *Gaji* instit. IV, 34, 35. — Cf. *Auctoris* observ. j. rom. c. I. §. 2, 5 sqq. §. 2. Dissent. *Hasse* l. l. p. 64, 65.

7) *Auctoris* observ. modo cit. §. 3, 4.

§. 95.

E) *Res dividuae et individuae.* *).

Res dividuae sunt, quae divisionem, vel naturalem, vel civilem recipiunt, individuae, quae ne alterutro quidem modo dividi possunt, sive id lege impediatur [1]), sive privatorum arbitrio, sive ipsius rei natura. Naturaliter, i. e. in partes certas easdemque discretas divisione facta, quot fiant partes, totidem fieri res existimatur; longe secus, ac si ita instituatur divisio, ut intellectu magis quam corpore partes habere singuli videantur. Vocant juris nostri auctores hanc quidem partitionem *pro indiviso*, superiorem illam *pro diviso* [2]). Atque utroque quidem modo dividi possunt et res immobi-

les, et genera [3]) atque quantitates [4]). Non nisi juris intellectu divisionem recipiunt, tum jura, tum, ex romani quidem juris praecepto, res mobiles, qualescunque sunt [5]). At plane expertes divisionis inprimis sunt et servitutes, excepto usufructu [6]), et pignoris obligatio [7]), et ejus generis obligationes, in quibus vel rei individuae praestatio vertitur [8]), vel negotii, quod est efficiens obligationis, ratio atque forma impedit, quo minus res in obligationem deductae dividi queant [9]). Omnino autem, quoties duo pluresve in rebus individuis concurrant, tum aut usus erit omnium promiscue et individuus, aut jus atque obligatio ad quemvis eorum in solidum pertinebit [10]).

*) *Fr. Hotmani* Quaestion. illustr. liber, c. 18 — 21. (Opp. T. I. — 1599. — p. 897 sqq.). — *H. Donelli* comment. jur. civil. Lib. XV. c. 6. — *Aug. Hoffmanni* Tr. de jure rerum individuarum, Hal. 1701. 4. — *J. Rubo* Versuch einer Erklärung der Fragmente L. 2, 3, 4, 85. de verb. obl. — Ueber die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen nach d. röm. Recht. Berlin, 1822. 8.

1) Cf. *Hoffmann* l. l. c. 1. aphor. 8. nr. 49.

2) L. 25. §. 1. D. *de V. S.* („Quintus Mucius ait, partis appellatione rem *pro indiviso* significari, nam quod *pro diviso* nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari"). L. 25. D. *quib. mod. ususfr. vel usus amittitur*, VII, 4. („Placet vel *certae partis*, vel *pro indiviso*, usumfructum non utendo amitti"). L. 66 §. 2. in f. D. *de leg.* II. (— „plures in uno fundo dominium *juris intellectu*, non *divisione corporis* obtinent") — L. 8. D. *de rei vind.* VI, 1. („Pomponius probat: si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere. Quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere"). L. 36. D. *de servit. praed. urb.* VIII, 2. L. 6. §. 1. D. *commun. praedior.* VIII, 4. L. 5. D *de stipulat. servor.* XLV, 3.

3) Generum appellatione hoc quidem loco significatur plurium rerum numero, non specie definitarum *complexus.* L. 54. pr. D. *de V. O.* XLV, 1. („Quotiens genera stipulamur, numero fit inter eos (heredes) divisio, velut, cum — quis — duos homines stipulatus fuisset: singuli homines heredibus ejus deberentur"); L. 29. D. *de solut.* XLVI, 3. — Quodsi species sunt in obligatione, partes fiunt pro indiviso.; (L. 54. pr. cit. „Cum species stipulamur, necesse est inter dominos et inter heredes

ita dividi stipulationem, ut partes corporum cuique debeantur; — velut cum Stichum et Pamphilum quis stipulatus duos heredes aequis partibus reliquit, necesse est utrique partem dimidiam Stichi et Pamphili deberi"); sin vero una tantum res ex genere aliquo, obligatio dividi prorsus nequit: L. 2. §. 1. *de V. O.* (— — „velut cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas. Nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alius detur. Ejusdem conditionis est haec stipulatio: Stichum aut Pamphilum dari"). Cf. L. 85. §. 4. *eod.* („Pro parte peti, solvi autem nisi solidus non potest: velut cum stipulatus sum hominem incertum. Nam petitio ejus scinditur, solvi vero nisi totum non potest: *alioquin in diversis hominibus recte partes solventur, quod non potuit defunctus facere, ne, quod stipulatus sum, consequar*"), et L. 2. §. 3. *de V. O.*, quos in locos cf. *H. Donellus* in comment. ad L. 2. §. 1. nr. 18, 19. et §§. sqq. — *Rubo* l. l. §. 13.

4) v. LL. not. 1. cit. et L. 29. in f. D. *de solut.* „Sed in nummis et oleo, et frumento, et similibus, quae communi specie continentur, apparet hoc actum, ut numero dividatur obligatio, quatenus et commodius promissori stipulatoribusque est." — L. 5. D. *de usufr.* VII, 1.

5) L. 8. in f. D. *de rei vind.* VI, 1. („Quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet: *numquam enim pro diviso possideri potest*"). L. 5. D. *de stipulat. serv.* XLV, 3.

6) L. 17. D. *de servit.* Cf. L. 11. *eod.* L. 25. et 34. D. *de serv. pr. rust.* VIII, 3. L. 5. in f. L. 6. §. 1. D. *communia praedior. tam urb. quam. rust.* VIII, 4. L. 4. §. 3, 4. D. *si servit. vind.* VIII, 5. L. 25. §. 9, 10. D. *fam. ercisc.* X, 2. — L. 1. §. 9. D. *ad Leg Falcid.* XXXV, 2. (*verb.:* „Si ususfructus legatus sit, qui et dividi potest, non *sicut caeterae servitutes individuae sunt*"). — L. 19. D. *de usu et habitatione* VII, 8.

7) L. 8. §. 2. L. 9. §. 3. L. 11. §. 3 et 4. D. *de pign. act.* XIII, 7. L. 19. D. *de pignor.* XX, 1. L. 65. D. *de evict.* XXI, 2. (*verb.:* „propter indivisam pignoris causam"). L. 85. §. 6. D. *de V. O.* L. 6, 16. C. *de distr. pignor.* VIII, 28. L. 1, 2. C. *de luitione pignor.* VIII, 31. Tit. Cod. „*si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit, vel acceperit*", VIII, 32.

8) L. 2. §. 1. *de V. O.* (— „ut in his, quae natura divisionem non admittunt, velut cum viam, iter, actum stipulamur"). — §. 5. („Item si in facto sit stipulatio, velut si ita stipulatus fuero: per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus mihi ire, agere liceat, et unus ex pluribus coheredibus prohibuerit, tenentur et coheredes ejus" —); cf. §. 6. ej. leg. L. 4 §. 1. L. 72. pr. L. 85. §. 2, 3. *eod.* L. 25. §. 9. — 12. D. *fam. ercisc.* X, 2. L. 1. §. 17. D. *de aqua quot. et aest.* XLIII, 20.

9) Velut cum res alioquin dividua ita deducitur in obligationem, ut, aut quid debeatur, aut quale, aut quantum, tantisper in incerto sit (L. 2. §. 1. D. *de V. O.* „— *quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit*, velut cum hominem generaliter stipulor." L. 54. pr. L.

L. 75. §. 1, 2, 8. L. 86. §. 4.) — aut poenae stipulatione munita sit obligatio (L. 25. §. 13. D. *fam. ercisc.* L. 2. in f. L. 5. L. 5. §. 5. in f. L. 85. §. 6. D. *de V. O.* — Caeterоquin quomodo in utroque, quod commemoravimus obligationis genere, individuitatis, ut vocant, causa differat, potissimum ex L. 15. §. 1. et L. 17. D. *de acceptil.* XLVI, 4. intelligi poteris: „Si id, quod in stipulationem deductum est, divisionem non recipiat, acceptilatio in partem nullius erit momenti, utputa si servitus fuit praedii rustici vel urbani. — Qui hominem aut decem stipulatus est, si quinque accepto fecerit, partem stipulationis peremit, et petere quinque aut partem hominis potest, cf *Rubo* l. l. §. 9.

10) L. 5. §. 15. D. *commodati* XIII, 6. Quem in locum vid. inprimis *J. C. Hasse* Beitr. zur Revision d. bisher. Theorie d. ehelichen Gütergemeinschaft (Kiel 1808. 8.) §. 10.

§. 96.

F) *Res principales earumque accessiones* *).

Rebus principalibus, quae quidem sua vi ac potestate constant, opponuntur accessiones earum, ad quas rerum juriumque commoda incommodaque (§. 176 sqq.) referenda sunt. Atque in commodis maxime habentur haec: 1) quaecunque ex re nostra nascuntur proveniuntque, sive fructus, et naturales et civiles, ut vocant [1]); 2) quidquid ita accessit rei immobili, ut ipsi naturaliter cohaereat [2]); 3) rei etiam, quae movetur, umquam accessiones cedent adjuncta, quoties aut in illum totius rei et nomen et notio cadat [3]), aut, quod adjungitur, ejusmodi sit, ut sine illâ esse omnino nequeat [4]); praeterea 4) nonnumquam res, licet alii vere non cohaereant, tamen ad eam ita affectae sunt, ut jure ejus aestimentur, ipsamque, tamquam partes, sequantur (§. 185. 186.); denique 5) inter obligationum actionumque accessiones referendum, si quid est, quod praeter causam in obligationem deductam peti possit; id quod generali ejus quod interest nomine venire solet [5]). Omnino autem, quidquid ita accedit rei, ut ejus conditionem meliorem reddat magisque efficacem, *causa* rei appellatur [6]), quam in externam et internam dividunt recentiores [7]).

*) Cf. infra cap. V.

1) L. 62. pr. D. *de rei vind.* VI, 1. L. 54, 56. D. *de usuris* XXII, 1. — cf. §. 178.

2) §. 20. J. *de rer. divis.* — §. 29. *eod.*

3) §. 26. J. *de rer. divis.* L. 19. §. 13. D. *de auro, argento etc. leg.* XXXIV, 2. („Perveniamus ad gemmas inclusas argento auroque: et ait Sabinus, auro argentove cedere: ei enim cedit, *cujus major est species*; quod recte expressum. Semper enim cum quaerimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cujus rei ornandae causa adhibetur: ut accessio cedat principali"). §. 20. *eod.* („— quoniam hoc spectamus, *quae res cujus rei ornandae causa fuerit adhibita, non quae sit pretiosior*"). L. 20. *eod.* („Si, *ut habiliter gemmae geri possint*, inclusae auro fuerint, *tum aurum gemmis dicimus cedere*") cf. c. 29. pr. et §. 1. *eod.* („Utra autem utrius materiae sit accessio, visu atque usu rei, consuetudinis (*al.* consuetudine) patrisfamilias aestimandum est"). L. 52. §. 5. *eod.* — L. 23. §. 2, 4, 5. D. *de rei vind.*

4) L. 23. §. 5. D. *de rei vind.*

5) L. 1. §. 20. D. *de tut. et rat. distr.* XXVII, 3. L. 11. §. 18. D. *de a. e. et v.* XIX, 1. —

6) L. 17. §. 1. D. *de rei vind.* L. 20. *eod.* (— „opus est, ut et causa rei restituatur: id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset"). cf. *Brisson.* v. causa §. 9.

7) *C. A. Günther* principia jur. romani privati novist. §. 178.

SECTIO II.

DE FACTIS.

§. 97.

Facti notio.

Factum hic intelligimus omnem eventum, qui ad jura vel constituenda, vel immutanda, vel tollenda valeat. Neque vero id solum in eventu est, quod aut vere fit, aut hominem habet auctorem, cum saepissime et ab iis, quae non fiunt, pendeant jura, et ab iis, quae natura accidunt. Unde duplex oritur factorum tamquam summum genus. Unum, in quo facta affirmativa a negativis, ut vocant, distinguuntur [1]), alterum, in quo ea, quae ab hominibus fiunt, quae quidem proprie facta appellantur, naturae velut factis opponuntur. Cum quo cave confundas eam distinctionem, qua voluntaria facta separantur ab iis, quae casu contingunt.

Quamquam enim casus dicitur id, quod fortuito hominibus accidit [2]), tamen non ea modo, quae naturaliter eveniunt, verum etiam omnino omnia, quae citra dolum ac culpam ejus fiunt, ad quem alioquin spectat periculum, fortuitis casibus solent adnumerari [3]). Cum autem non fere sequantur certa jurium officiorumque genera, nisi de eo, factumne sit aliquid an non factum, certo constet, contra vero, quae facta sunt, fieri infecta nequeant [4]): tamen nonnunquam, quo magis juris et veteris et novi decreta sint apta inter se et convenientia [5]), factum esse aliquid aut non factum *juris auctoritate* fingitur [6]). Quoniam vero saepissime, non solum in personae factis, sed etiam in iis, quae natura eveniunt, et temporis et loci ratio habenda est; jam de his prius videamus, quam ad illorum accuratiorem descriptionem progrediamur.

1) Cf. §. ult. J. *de verb. obl.* — L. 7, 67. D. *de condit. et demonstr.* XXXV, 1.

2) *Festus* h. v. ap. *Gothofredum* p. 264. — Idemque appellatur *vis major*, *vis divina*, *fatum*, *damnum*, *s. detrimentum fatale*, *fatalitas*: vel in L. 13. §. 1. D. *de pigner. act.* XIII, 7. L. 25. §. 6. D. *loc.* XIX, 2. L. 5. §. 4. D. *comm.* XIII, 6. L. 3. §. 1. D. *nautae, caup. stabul.* IV, 9. L. 3. D. *de instr. v. instrum. leg.* XXXIII, 7. L. 1. C. *de jure emphyt.* IV, 66.

3) Vid. II. modo excit. et L. 15. §. 2. D. *loc.* („Servius *omnem vim cui resisti non potest* dominum colono praestare debere ait"). L. 6. C. *de pignerat. act.* IV, 24. („Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint, *in quibus etiam aggressura latronum est*, nullo bonae fidei judicio praestantur"). — cf. etiam L. 52. §. 3. D. *pro soc.* XVII, 2. („Damna, *quae imprudentibus accidunt*, *hoc est damna fatalia*, socii non coguntur praestare"). Quam in l. vid. *Averanii* interpret. jur. Lib. II. c. 26. nr. 2 sqq.

4) L. 10. pr. D. *de fideic. libert.* XL, 5.

5) *de Savigny* vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissensch. p. 52.

6) *Ant. Dad. Alteserrae* de fictionibus juris tractatus septem. Ed. nova accur. *Jo. Friderico Eisenhart*, Hal. et Helmst. 1769. 8. — Enimvero rata non habentur, quae finguntur a privatis hominibus, L. 8. D. *de castrensi pec.* XLIX, 17; nec nisi in his locum habent fictiones, quae sunt juris civilis, cum ea, quae facti sunt, sive juris naturalis, fictionem non recipiant, L. 12. §. 2. D. *de captiv. et postlim.* XLIX, 15. („Facti autem causae infactae nulla constitutione fieri possunt"). L. 19. D. *ex quib. caus. major.* IV, 6. („causa vero facti non continetur postliminio"). cf. *Alteserra* l. l. Tr. I. c. 5.

§. 98.

Tempus *). a) *Temporis partes.*

In temporis partibus hae ſunt maxime, quae in jure ſpectentur: dies, menſis, annus [1]), quae quidem aut ex faſtorum ratione aeſtimantur, aut ex temporis momento, quo incipiunt. Atque dies, qui viginti quatuor horarum ſpatio continetur, ex faſtorum Romanorum indole media nocte incipit, et ſequentis noctis media parte finitur [2]). Menſem, ſiquidem non a Calendis ad usque pridie Calendarum numeremus, in iis certe, quae jure civili definita ſunt, triginta dierum ſpatio plerumque circumſcribi, vulgo exiſtimatur [3]). Annus, isque talis, quo non intercalatur, naturalibus diebus trecentis ſexaginta quinque conſtat [4]); eſt autem dies intercalaris bisſextus, i. e. dies XXIV. menſis Februarii [5]).

*) *Aur. Macrobii* ſaturnal. Lib. I. c. 3. c. 15 — 16. — *Euſtathii* liber de temporalibus intervallis (*περὶ χρονικῶν διαστημάτων*) in *Leunclavii* jur. Gr. Rom. T. II. p. 207 ſqq. — *J. Cujacii* de diverſis temporum praeſcriptionib. et terminis (in opp. T. I.). — *J. C. Koch* Belehrungen über Mündigkeit zum Teſtiren, Civilzeitcomputation und Schalttag, (Gieſs. 1796.) I. Abſchnitt. — *C. G. Gmelin* über Zeit und Zeitberechnung nach röm. Rechtsprincipien (critiſches Archiv der neueſten juriſt. Literatur und Rechtspflege, herausgeg. v. *W. A. F. Danz*, *C. G. Gmelin* und *W. G. Tafinger* Bd. I. (Tüb. 1801.) p. 577 — 630. et 756 — 768.

1) In nonnullis horarum quoque differentiae ratio habetur, tum etiam a nocturno tempore ſeparatur diurnum. L. 10. §. 1. D. *quemadmodum ſervitutes amittuntur* VIII, 6. — *A. Gellii* noct. att. III, 2.

2) L. 8. D. *de feriis* II, 12. *Gellius* l. l. et *Macrobius* I, 3. — cf. L. 2. §. 1. D. *de V. S.* („Cujusque diei major pars eſt horarum ſeptem primarum diei, non ſupremarum.") *Cujacius* l. l. c. 2. *Gmelin* §. 6.

3) A communi opinione disſentit *Ed. Schrader* in Diatribe: Monatsrechnung des röm. Rechts (civ. Abh. II. nr. III. — Qua de re inprimis hi ſunt loci inter ſe conferendi: L. 101. D. *de reg. jur.* („Ubi lex duorum menſium fecit mentionem, et qui ſexageſimo et primo die venerit, audiendus eſt: ita enim et Imp. Antoninus cum divo patre ſuo reſcripſit." — Libri Baſilic. — T. I. p. 78, nec non *Euſtathius* l. c. p. m. 217, ita habent: „Si lex duos menſes dixerit, etiam ſexaginta dies pro eis accipiuntur." cf. *Cujacius* l. l. c. 15. Caeter. v. et §. ſqq. not. 7.). L. 28 et 31. §. 22. D. *de aedil. edicto* XXI, 1. L. 22.

§. 1, 2. C. *de jure delib.* VI, 30. Nov. 115, c. 2. — L. 7. §. 1. D. *sol. matrim.* XXIV, 3. L. 3. §. 12. D. *de suis et legit. her.* XXXVIII, 16. L. fin. pr. C. *de tempor. et reparationib. appell.* VII, 63.

4) L. 51. §. 2. D. *ad leg. Aquil.* IX, 2. L. 4. §. 5. D. *de statu liberis* XL, 7. — De veterum Romanorum anno vid. *Macrobius* saturn. I, 13 sqq. — *B. G. Niebuhr* röm. Gesch. I. p. 192 sqq.

5) *Macrobius* l. c. I. c. 13. — L. 98. pr. D. *de V. S.* („Cum bissextum Kalendis est, nihil refert, utrum priore, an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Kalendas ejus natalis dies est: *nam id biduum pro uno die habetur.* Sed posterior dies intercalatur, non prior: ideo, quo anno intercalatum non est, sexto Kalendas natus, cum bissextum Kalendis est, priorem diem natalem habet."). L. 3. §. 3. D. *de minor.* IV, 4. („— si bissexto natus est, sive priore, sive posteriore die, Celsus scripsit nihil referre: nam id biduum pro uno die habetur, et posterior dies intercalatur"). — Cf. *Koch* l. l. §. 9. L. 2. D. *de divers. temporal. praescr.* XLIV, 3. („In tempore constituto judicatis, an intercalaris dies proficere judicato, nec ne, debeat, quaeritur: item de tempore, quo lis perit? Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur: velut, si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet; aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aedilitiae pleraeque actiones. Et si quis fundum ea lege vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet tempori: *mihi contra videtur.*"). Cf. *Bynkershoek* observ. jur. rom. IV, 8. *Kreyssig* Diss. §. 55 not. 4. cit. — §. 10. in f.) — De *mense* intercalari, qui olim fuit, v. L. 98. §. 1. et 2. *de V. S.* („Cato putat, mensem intercalarem addititium esse, *omnesque ejus dies pro momento temporis observat,* extremoque diei mensis Februarii attribuit Qu. Mucius. Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo.") et *Sueton.* in vita Julii c. 40.

§. 99.

b) *Temporis computatio* *).

In temporum computatione duplex est disjunctionis ratio observanda. Nam I) aut continuum tempus est, cujus singulae partes continenter, i. e. nullo puncto temporis intermisso, numerantur, aut non continuum. Cujus itidem duae potissimum species distinguendae sunt. Prima est, cum ei, quod continuo vel fit vel fieri potest, opponitur id, cujus faciendi potestas certis temporum spatiis circumscribitur [1]). Latius etiam patet tertia species, cum scilicet in commodum ejus, cui, ne quidquam detrimenti capiat, intra cer-

tum tempus negotium aliquod peragendum eſt; non niſi id tempus computatur, quo et non ignoravit rei cauſam is, ad quem ea res ſpectat, et potuit facere [2]). In quo etiam ineſt utile tempus, i. e. ex diebus utilibus conſtans, quibus experiundi judicisque adeundi cuivis poteſtas eſt [3]). II) Atque alia ratione naturalis temporis computatio opponitur *civili* [4]); quae quidem diſtinctio ad eam quaeſtionem referunt: quando tempus ejusmodi, cujus ſingulae partes continuo utique numerentur, pro elapſo ac completo ſit habendum? Naturaliter igitur tempus computatur hoc modo, ut a momento ad momentum ſingula illius ſpatia numerentur, donec totum exactum ſit atque finitum [5]). Civiliter duobus modis: alias enim tempori, intra quod quem negotium aliquod officiumque ſubire oportebat, particula quaedam adjicitur, ſcilicet inſuper habito modico temporis exceſſu [6]); alias detrahitur, idque ita ſit, ut nonnumquam vel annus modo inchoatus accipiatur pro pleno [7]); vel dies ultimus anni coeptus habeatur pro completo, ut in teſtamentifactione [8]), ut in uſucapionibus [9]), aliisque compluribus juris ſpeciebus [10]).

*) *C. G. Haubold* de temporis continui et utilis computatione (Lipſ. 1791. et in opuſc. I. p. 397 — 438.). *C. G. Gmelin* über die ſtete und zuſammengeſetzte Zeit nach röm. Rechtsprincipien (crit. Archiv d. neueſt. jur. Litt. und Rechtspfl. v. *Danz*, *Gmelin* u. *Tafinger*. Bd. II. Tüb. 1802. p. 193 — 244.

1) L. 7. D. *quemadm. ſervit. amitt.* VIII, 6. („Si ſic conſtituta ſit aqua, ut vel aeſtate ducatur tantum, vel uno menſe, quaeritur, quemadmodum non utendo amittatur, quia non eſt continuum tempus —, et ſi alternis annis vel menſibus quis aquam habeat" — —). L. 10. §. 1. *eod.*

2) *Ulpiani* Fr. Tit. 22. §. 31 ſqq. L. 1. §. 1. D. *de jur. et facti ignor.* XXII, 6. L. 10. D. *de B. P.* XXXVII, 1. L. 7. pr. C. *de temporib. in int. reſt.* II, 53. L. 19. C. *de jure delib.* VI, 30. coll. cum L. 31. §. 1. D. *de uſurp.* XLI, 3.

3) L. 2. pr. D. *quis ordo in poſſeſſionib. ſervet.* XXXVIII, 15. L. 6. in f. D. *quae in fraud. creditor.* XLII, 8. L. 1. D. *de diverſ. tempor. praeſcr.* XLIV, 3. L. 1. §. 7. D. *quando apell. ſit* XLIX, 4. („Dies autem iſtos, quibus appellandum eſt, *ad aliquid utiles* eſſe oratio D. Marci voluit, ſi forte ejus, a quo provocatur, copia non fuerit"). L. 7. pr. C. *de temp. in int. reſt.* — Recentiores omne id tempus, in quo ſubductio ſit dierum, quibus quis aut juſta ignorantia aut alia juſta cauſa impeditus fuerit, quo minus rem aliquam ſusciperet perageretque, ad utile

referunt (cf. *Hofacker* princ. jur. civ. rom. germ. T. I. §. 178.), praeeunte quodammodo *Ulpiano* L. 2. pr. D. *quis ordo in poss. serv.* XXXVIII, 15. „Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, *scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere.*"

4) *Jo. Conr. Rücker* D. de civili et naturali temporis computatione in jure (Acc. observ. interpr. et orat. varii argumenti. Lugd. Bat. 1749. 8.), qui etiam diversitatis hujus rationes reddit c. 5. §. 9 sqq. — *Gmelin* über die Zeit und Zeitberechnung §. 19. *Schweppe* Magaz. IX.

5) At in plerisque jurium caussis locum habet hocce computandi genus. Cfr. u. c. Pr. J. *quib. mod. tut. fin.* L. 5. §. 3. D. *de minoribus*, IV, 4. (Qui quidem locus haud dubie ita distinguendus erit: „Minorem autem viginti quinque annos natu, videndum, an etiam diem (*al.* die) natalis sui adhuc dicimus, ante horam, qua natus est, ut si captus sit, restituatur? Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum; ut a momento in momentum tempus spectetur." v. *Auctoris* observ. jur. rom. Sp. I. c. 2. §. 2. et cf. *Wenckii* observatt. ad Vacarium, not. 47. quem fere sequitur *J. L. G. Beck* in edit. corp. jur. civ. ab ipso adorn.). L. 4. D. *de ritu nuptiar.* XXIII, 2. L. 6. D. *de O. et A.* XLIV, 7. („In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem." v. *Rückerum* l. l. c. 4. §. 5 — 9.). L. 15. §. 6. D. *ad L. Jul. de adulter.* XLVIII, 5. L. 3. D. *de jure immunit.* L. 6. — Cf. etiam L. 74 §. 1. D. *ad Sct. Treb.* XXXVI, 1. et *Rückerum* l. l. c. 5. §. 5, 9 sqq.

6) L. 1. D. *si quis caut. in jud. sist. causa fact. non obtemp.* II, 11. L. 101. D. *de reg. jur.* — L. 135. §. 2. D. *de V. O.* XLV, 1. L. 105. D. *de solut.* XLVI, 3. L. 41. §. 1. *de V. O.*

7) L. 5, 8, 22. D. *de annuis legat.* XXXIII, 1. L. 8. D. *de muner. et honor.* L. 4.

8) L. 5. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. („A qua aetate testamenta vel masculi vel foeminae facere possunt, videamus? Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in foeminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficiat complesse? Propone, aliquem Kalendis Januariis natum, testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno: an valeat testamentum? Dico valere. *Plus arbitror, etiamsi pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum: jam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur*") v. *Rückerum* l. l. c. 2. §. 1. nec non *Gmelin* über die Zeit und Zeitberechnung §. 17. A quibus dissentiunt *Koch* l. l. II. Abschn. §. 13, 14. et *E. F. Hagemeister* üb. die Mündigkeit zum Testiren (in *Hugonis* civilist. Magaz. III, nr. I.).

9) L. 6, 7. D. *de usurp.* XLI, 3. („In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. Ideoque, qui hora sexta diei Kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kalendas Januarias implet usucapionem"). L. 15. pr. D. *de divers. tempor. praescr.* XLIV, 3. („In usucapione ita servatur, ut etiamsi minimo

momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum tempus"). *Rücker* l. l. c. c. 2. §. 4, 5. §. 15. *Erb* über den annus civilis der Usucapion (in *Hugonis* civilist. Magaz. V, nr. VIII.). *Unterholzner* Verjährung §. 32. et ib. Anhang p. 468, 469.

10) L. 1. D. *de manumissionib.* XL, 1. L. 134. D. *de V. S.* („Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die: quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus"). Cf. *Cujacii* Lib. XXVII, obs. 27. *J. G. Heineccii* ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. c. 9. §. 2. c. 15. §. 6. p. 286.

§. 100.

Locus. — Praesentia, absentia.

Quaestio de loco in hisce potissimum juris materiis usum habet: a) in ea, quae est de legum in diversis locis obtinentium conflictu (72. 73.), b) in ea, quae ad fori controversias spectat, tum in domicilii ratione exponenda versatur [1]), denique c) cum quaeritur, praesens aliquis sit, an absens? quo in loco paullulum commoremur. Dicitur igitur is esse absens, 1) qui non est eo loci, ubi certo quodam tempore vel adesse eum oportuit, vel alia de causa interest, adfueritne an abfuerit [2]). 2) Qui e republica, tum etiam a domicilio suo abest; quem in locum maxime illa quidem conveniet absentiae divisio in necessariam et voluntariam, atque hujus utriusque in laudabilem, vituperabilem et indifferentem, ut vocant [3]). 3) Singulari quodam loquendi genere, cum duo pluresve, quorum forte alter res alterius teneat, in diversis provinciis domicilium habent, hi quoque inter se absentium nomine veniunt [4]). Denique 4) quidam, quatenus de commodo eorum agitur, finguntur esse absentes, velut furiosi, infantes, captivi, civitates, milites postremo, qui in vigiliis, vel urbanis castris militant [5]).

1) v. Pars spec. Lib. I. c. II.

2) L. 4. §. 5. D. *de damno infecto*, XXXIX, 2. („Abesse autem videtur, et qui in jure non est"). L. 51. §. 4. 5. D. *de fideic. lib.* XL, 5. L. 1, 19. pr. L. 20. 28. *eod.* L. 73. D. *de jud.* V, 1. — L. 173. §. 1. L. 199. pr. D. *de V. S.* L. 5, 6, 7. D. *de proc.* III, 3. *Gaji* Inst. IV. §. 82 sqq. *Festus* v. cogni-

tor (ap. *Gothofr.* p. 269.). — L. 1, §. C. *de errore advocatorum* II, 10. — L. 5. §. 2, 4. D. *de O. N. N.* XXXIX, 1. — L. 17, §. 10. D. *de injur.* XLVII, 10. — L. 5, 4. D. *quod cujusq. univ. nomine* III, 4.

3) Cf. L. 26. §. 9. D. *ex quib. cauf. maj. in int. reft.* IV, 6. („Et generaliter, quotiescunque quis ex neceffitate, non ex voluntate afuit, dici oportet, ei fubveniendum"). L. 28. pr. *eod.* („Nec non et fi quis de caufa probabili afuerit — — puta ftudiorum caufa —"). L. 2. §. 1. *eod.* L. 26. §. 1. *eod.* („Adverfus relegatum reftitutionem faciendam ex generali claufula Pomponius ait — — —: ex caufa tamen puto etiam ipfi fuccurrendum"). L. 2. §. 8. D. *fi quis caut. in jud. hift. c. fact. n. obtemp.* II, 11. L. 30. D. *de noxal. act.* IX, 4. — §. 2. J. *de excuf. tut. et cur.* L. 11. §. 2. D. *de minor.* IV, 4. L. 10. pr. §. 1. L. 45. D. *de excuf.* XXVII, 1. L. 6. D. *ubi pup. educari vel morari debeat* XXVII, 2. („Si vero *neceffaria abfentia* tutoris acciderit —"). — L. 15. §. 1. D. *ad L. Jul. de adult.* XLVIII, 5. („Neque enim aequum vifum eft, abfentem reipublicae caufa inter reos referri." —.). L. 2. D. *eum, qui appellaverit in provincia defendi* XLIX, 11.

4) L. ult. C. *de praefcr. longi temp.* VII, 33.

5) L. 124. §. 1. D. *de reg. jur.* L. 7, 9, 10, 11, 22. §. 2. L. 25. §. 3. D. *ex quib. cauf. maj.* L. 10. D. *quib. ex caufis in poffeffion. eatur*, XLII, 4. L. 15. §. 5. D. *ad Leg. Jul. de adult.* — Cf. L. 2. §. 1. D. *de proc.* („Furiofus *non eft abfentis loco*, quia in eo animus deeft, ut ratum habere non poffit"). L. 199. §. 1. D. *de V. S.* („*Abeffe non videtur* qui ab hoftibus captus eft, fed qui a latronibus detinetur"). v. *Cujacii* obf. Lib. VII. obf. 34. *Briffon.* v. abeffe §. 7. in f.

§. 101.

Factorum, quae proprie dicuntur, defcriptio generalis. Delictum, poena.

Hominum facta in duo genera deducuntur: aut enim licita funt, aut illicita. Atque in primo genere habentur potiffimum negotia juris (§. 113.); funt autem et alia, quae, licet non eo animo gerantur, tamen ad jura conftituenda valent, velut fi quis in alienam rem, quam fuam effe putet, impendat aliquid. Factum illicitum admittens, five faciendo quod vetat lex, five omittendo quod jubet, delinquere videtur [1]); atque generalior etiam in jure noftro eft poenae appellatio, quippe omnino omne complectens incommodum, quo cohibeantur ii, qui contra faciant officium fuum, five legibus, five privatorum arbitrio id ftatutum fit [2]), itemque, five pro infecto tantum atque nullius momenti ha-

beatur, quod factum est [3]), sive in rei suae familiaris aliquam jacturam incidat is, qui contra quam oportuit fecerit, sive peculiaris ei quaedam noxiae vindicta irrogetur. Quae quidem posterior, ut proprie poena vocatur, ita etiam facta illicita ejusmodi, quae illo modo coërcentur, prae ceteris delictorum nomine veniunt, eaque aut publica sunt, quorum vindicta proxime spectat ad rempublicam, aut privata, e quibus actio obligatioque oriunda privatorum hominum est, eorum potissimum, ad quos proxime incommodum ex ea re pertinet [4]).

1) L. 1, 2. D. *de legib.* I, 3. L. 39. D. *Soluto matrim. dos quemadm. pet.* XXIV, 3. — Quaecunque igitur fiunt, cum contra legum aut praeceptionem aut prohibitionem fiunt, in quo genere etiam sunt, quae vel dolo malo admittuntur, vel honestati sunt contraria, ea delictis adnumerantur, v. c. L. 9. §. 2. D. *de minor.* IV, 4. L. 51. pr. *de aedil. edicto.* XXI, 1. L. 4. D. *de tab. exhib.* XLIII, 5. L. 1. in f. L. 2. D. *de itinere actuque privato* XLIII, 19. — L. 3. §. 5. D. *de bon. poss. contra tab.* XXXVII, 4. — Latior multo erat hujus vocabuli sensus *ex usu loquendi communi;* nam „delinquere est praetermittere, quod non oportet praeteriri." *Festus* h. v. p. m. 278.

2) v. c. §. ult. J. *de V. O.* L. 40. D. *de reb. cred.* XII, 1. L. ult. D. *de eo quod certo loco,* XIII, 4. L. 58, 90. D. *de V. O.* XLV, 1. L. un. C. *de his quae poenae nomine relinq.* VI, 41. — Utique tamen sejungitur poena a solo conditionum negotiis privatis insertarum neglectu v. c. L. 2. D. *de his quae poenae nom. rel.* XXXIV, 6.

3) L. 5. C. *de legib.* I, 14.

4) Rubr. Tit. Dig. *de privat. delictis* XLVII, 1. L. 7. D. *de publ. jud.* XLVIII, 1. §. 1. §. ult. D. *de poenis* XLVIII, 19. — cf. L. 131. D. *de V. S.* L. 200. *eod.* („Haec stipulatio: noxis solutum praestari, non existimatur ad eas noxas pertinere, quae publicam exercitionem et coërcitionem capitalem habent"). L. 17. §. 18. D. *de aedil. edicto* XXI, 1. („Noxas accipere debemus privatas, hoc est, eas, quaecumque committuntur *ex delictis, non publicis criminibus* —; denique specialiter cavetur de capitalibus fraudibus: ex privatis autem noxis oritur damnum pecuniarium"). — vid. et *Fr. Duareni* Disput. anniverf. I, c. 36. *Cujacii* obs. VIII, 33.

§. 102.

Quibus ex rebus judicanda sit facti qualitas legitima?

Ut valeant facta, omninoque efficientia sint juris injuriaeque, haec in unum concurrant necesse est: tum,

ut animi intentio adsit libera atque vera, tum certa adpareat voluntatis significatio. Animi intentio libera et vera his cernitur: et naturali intelligendi facultate, et libero animi judicio, et seria mentis cogitatione. Quodsi, quae fiunt, duobus illis prioribus, aut utroque, aut alterutro, prorsus vacant, pro nihilo est plerumque [1]), quod agitur.

1) Nam cf. a) L. 21. §. 5. D. *quod. met. causa* IV, 2. et omnino infra doctrinam de in integr. restit. inprimis §. 173, §. 174. — b) L. 48. D. *de reg. jur.* L. 5. C. *de injur.* IX, 35.

§. 103.

I) *De animi intentione; 1) quibus ex causis naturalis facultas intelligendi impediatur* *).

Fieri pluribus modis potest, ut in hominum intelligentiam cadere non possint, quae ab ipsis aliisve aguntur. Nam aut omnino quis deficitur intellectu, ut furiosus, aut nondum est perfectum ejus judicium, ut in impubere [1]), aut sensibus caret iis, quorum potissimum opera perfectae rerum imagines notionesque menti adquiruntur, ut surdus et mutus [2]), aut idoneam per se quidem habet rerum intelligentiam, verumtamen sibi haud conscius est facti, dum agitur. Idque maxime fit, cum vel vehementioribus animi commotionibus homines a recta ratione avertuntur, velut iracundia [3]), vel ebrietate sensus perturbantur [4]), denique, cum ita mens affecta est, ut impetu quodam animi potius, quam cogitatione facere quis videatur [5]).

*) *C. C. Hoffbauer* die Psychologie in ihren Anwendungen auf die Rechtspflege. Halle 1808.

1) Furiosus et pupillus non fere obligantur, nisi quatenus ex re venit obligatio. L. 46. D. *de O. et A.* XLIV, 7. Cf. *A. D. Weber* v. der natürl. Verbind. §. 71. — Est tamen naturalis inter utrumque differentia. Ideo „in negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum, qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia, tutore auctore, agere potest." L. 5. D. *de reg. jur.* — vid. et §. 10. J. *de inutil. stipul.* L. 111. D. *de reg. jur.* L. 5. §. 2. D. *ad leg. Aquil.* IX, 2. L. 23. D. *de furtis* XLVII, 2.

2) L. 12. §. 2. D. *de jud.* V, 1. („Natura — impediuntur, ne judices sint — surdus, mutus, et perpetuo furiosus, et impu-

bes, *quia judicio carent.*"). — §. 5. J. quibus non permitt. fac. test. L. 10. C. *qui test. fac. poss.* VI, 22. (cf. Vol. II. §. 212. not. 4. in f.)

3) L. 48. D. *de reg. jur.* („Quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse"). L. 5. D. *de divort.* XXIV, 2. — L. 19. C. *de inoff. test.* III, 28. — L. 2. C. *ad leg. Jul. Maj.* IX, 8. — L. 5. C. *de injur.* IX, 35. — *W. A. Lauterbach* (resp. *Reuss*) D. de ira, ejusque in jure effectib. Tub. 1669. 4. — *E. C. Westphal* Grundsätze von rechtl. Beurtheilung der aus Hitze des Zorns unternommenen, erlaubten und unerlaubten Handlungen. Halle 1784. 4. — *G. H. v. Berg* jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle I. Th. nr. IX.

4) c. 7. §. 1. C. XV. qu. 1. („Nesciunt, quid loquantur, qui nimio vino indulgent: jacent sepulti: ideoque, si qua per vinum deliquerint, apud sapientes judices venia quidem facta donantur, sed levitatis damnantur auctores"). — *H. Bodinus* (resp. *Köhlau*) D. de jure circa ebrietatem. Hal. 1697. 4.

5) *Cicero* de invent. II, 5. — Cf. *J. F. Ludovici* D. an et quatenus affectus humani in foro considerentur. Hal. 1706. 4.

§. 104.

2) *De libero agentis judicio, ejusque impedimentis. Loci constitutio.*

Tollitur impediturve agendi libertas aut vi metuque adhibito, aut errore, eoque vel dolo excitato, vel aliunde profecto. Qui coactus aliquid facit, plenissimam ejus rei, quae agitur, intelligentiam habere videtur [1]), nisi tanto sit perculsus timore animus, ut rei veritatem perspicere plane nequeat; id quod perraro fiat. Contra vero, cum errore quis lapsus in factum aliquod inciderit, non magis ejus rei, quae agitur, habere videtur intelligentiam, quam ille, qui eo certe tempore, quo quid agitur, naturali intelligendi facultate prorsus caret. Verumtamen eo differunt, quod errore non ita animus afficitur et tamquam morbo corripitur, ut rationi omnino nequeat obtemperari, sed impeditur tantum, quo minus in eo ipso, quod fiat, vera sinceraque secerni possint a falsis atque fucatis. Quod quidem satis sit causae, cur et vim metumque, et errorem, ut judicandi libertatem in mente ceteroquin sanâ impedientia, ab ipsius animi velut vitiis sejunxerimus. Erroris autem causas quod at-

tinet, de dolo quidem separatim erit tractandum, cum et omnino latius pateat hic locus, et jurium quoque eorum ratione, quae ex errore proficiscantur, a ceteris hujusce impedimenti caussis separandus sit.

1) L. 21. §. 5. D. *quod met. causa*. IV. 2. („Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui"). Cf. §. 105. not. 7.

§. 105.

Vis et metus *)

Vis est impetus quidam major, qui necessitatem agendi contrariam voluntati imponit [1]). Est vero vis aut justa, quae ab eo, qui habet cogendi potestatem, recte, i. e. legitimo modo infertur, qualis est, quam magistratus in sententiis exsequendis adhibere solent [2]); aut injusta, quae injuria fit, eaque vel publica est, quae armis admittitur, vel privata, quae sine armis infertur [3]). Metum interpretamur opinionem impendentis mali, quod intolerabile esse videtur [4]). Debet etiam metus, cujus ratio sit habenda, esse justus, i. e. nec vanus, qui in hominem constantem cadere non potest [5]), néc mere reverentialis, ut vocant [6]), nec juste ab eo, qui potestatem habet comminandi, illatus. Quamvis autem fuere qui arbitrarentur, sapientis viri et constantis nec futurorum malorum metu nec praesentium dolore commoveri voluntatem [7]), nihilo tamen magis Romani id esse ratum passi sunt, quod vi metuque gestum sit [8]); unde etiam factum, per se quidem illicitum, imputari non poterit ei, qui coactus fecit [9]), dummodo metus sit talis illatus, qui justam excusationem mereatur [10]).

*) Dig. (IV, 2.) *quod metus causa gestum erit.* — Cod. (II, 20.) *de his quae vi metusve causa gesta sunt.* — *Nic. Hier. Gundling* lib. sing. de efficientia metus tum in promissionib. liberarum gentium, tum etiam hominum privatorum, auxiliisque contra metum. Hal. 1711. 4.

1) L. 1. L. 2. D. *h. t.*

2) L. 3. §. 1. *h. t.*

3) §. 8. 1. *de publ. jud.* — *Cicero* or. pro Caec. c. 31, 32. *Gellius* Lib. XX, c. 10. in f. — Cf. *de Savigny* in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. III, Nr. 17.

4) *Cic.* Tusc. quaest. IV, 7. — Cf. L. 1, 5. D. *h. t.*

5) L. 3. in f. L. 4, 5, 6, 7. D. *h. t.* L. 9. pr. *eod.* („Metum autem *praesentem* accipere debemus, *non suspicionem inferendi ejus*"). L. 2. §. 1. L. 5. D. *ex quib. caus. maj.* IV, 6 L. 13. C. *de transactionib.* II, 4. („Nec tamen quilibet metus ad rescindenda ea, quae consensu terminata sunt, sufficit, sed talem metum probari oportet, qui salutis periculum, vel corporis cruciatum contineat").

6) L. 6. C. *h. t.* L. 22. D. *de ritu nuptiar.* XXIII, 2. — *Sam. Fr. Willenberg* D. de metu reverentiali. Ged. et Lips. 1712. 4.

7) *Cic.* Tusc. quaest. IV, c. 6. in f. — Cf. *Heineccii* opusc. in quib. historia edictorum aliaque continentur. p. 397. not. b. — L. 21. §. 5. D. *h. t.*

8) L. 21. §. 5. L. 22. L. 23. §. 1. D. *h. t.* L. 6. §. 7. D. *de a. o. v. h.* XXIX, 2. L. 17. pr. D. *qui et a quib. manumissi liberi non fiunt* (XL, 9.). L. 7. C. *h. t.* — *Senecae* controv. IV, 26. — Nec *hoc quidem nomine* differunt vis et metus. L. 1. D. *h. t.* („Ait Praetor: quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. Olim ita edicebatur: quod vi metusve causa —; sed postea detracta est vis mentio, quia, quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur"). v. *Noodt* ad Tit. Dig. quod met. c. init. — *Schulting* enarrat. part. primae Dig. IV, 2. §. 1.

9) *C. A. Tittmann* Handb. der Strafrechtsw. I. §. 97.

10) Nam „vani timoris justa excusatio non est." L. 184. D. *de reg. jur.* cf. not. 5. — Nec merae persuasionis habetur ratio (L. 8. D. — XXVIII, 6. — et L. 5. C. — VI, 34. — *si quis aliquem testari prohibuerit*, nisi dolo egerit persuadens. L. 9. §. 1. D. *de dolo malo* IV, 3. L. 7. C. *eod.* II, 21. — *Sam. Stryk* D. de jure persuasionis. Frf. 1678. 4. — *Leyser* meditt. ad Pand. sp. 42 m. 2.

§. 106.

Dolus *).

Dolus proprie dicitur, quodcunque vel simulando vel dissimulando fit. Jam etenim a verbi proprietate [1]) receditur, cum hoc nomine appellatur et injuria qualiscunque scienter admissa [2]), contrario scilicet bonae fidei nomine opposito [3]), et omnino id, quod aliquid in se habet iniqui [4]). Latissime tamen in jure nostro patet prioris istius notionis usus, ad eamque potissimum referendae sunt doli divisiones, quibus a recentioribus nomina indita sunt haec: doli clandestini et aperti, veri et praesumti [5]), ex proposito et ex re [6]). Est autem dolus,

ut proprie dicitur, aut bonus, aut malus. Atque dolum quidem bonum juris nostri auctores interpretantur solertiam cum dissimulatione conjunctam, qua aliorum fraudibus occurratur, velut si adversus hostem latronemve quis machinetur [7]). Dolus autem malus, de quo quidem hic solo quaeritur, Labeone definiente, est calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, decipiendum, fallendum alterum adhibita [8]). Jam vero, quod dolo malo elicitum est, ut nec ei prodest, qui dolum admisit [9]), ita nec incommodo quodam detrimentoque afficiet eum, qui in errorem ab altero inductus est [10]). Qua quidem in re haec inprimis tenenda sunt: 1) Neminem eo solo dolose facere videri, quod aut rem aliquam vel minoris vel pluris, quam vere habenda sit, aestimet, liberalioribusve eam efferat laudibus [11]); aut reticeat ea, quae ipsi sint nota, nisi vel celet quis alterum sui emolumenti causa, quod hujus intersit non ignorare [12]), vel, quod agitur, ex eo causarum sit genere, ut praestanda sint, et quae dicuntur, et quae tacentur [13]). Neque 2) de dolo alterius conqueri posse alterum, si aut facile providere potuit atque cavere, ne deciperetur [14]), aut reapse non est deceptus [15]). Denique 3) animadvertendum est, utrum id, in quo tota rei causa potissimum vertitur, dolo esse actum dicatur, contrariumque voluntati, an id tantummodo, quod non utique necessarium est in ea re, de qua quaeritur, ut pro nihilo non habeatur, quod actum sit; unde dolum causam dantem, ab incidente, ut ajunt, distinguere solent recentiores [16]).

*) Dig. (IV, 3.) *de dolo malo.* Cod. (II, 21.) *de dolo malo.* — *G. Noodt* de forma emendandi doli mali in negotiis admissi liber. (opp. T. I. p. 507 sqq.).

1) Cf. *Cicero* de off. III, 14. in f. et 15. — *Gothofredi* auctt. lat. ling. p. 1556.

2) L. 14. §. 13. D. *quod met. causa.* L. 2. §. 8. D. *de vi bonor. raptor.* XLVII, 8. L. 7. D. *ad L. Cornel. de sic.* XLVIII, 8.

3) L. 35. pr. D. *locati* XIX, 2.

4) Unde exceptio doli, quae generalis a recentioribus vocatur; L. 8. D. *de doli mali et met. exc.* XLIV, 4. L. 173. §. 3. D. *de reg. jur.* L. 8. §. ult. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* XX, 6.

5) Propter L. 36. in f. D. *de pecul.* XV, 1. L. 8. §. 9. L. 44. D. *mandati* XVII, 1. L. 7. pr. D. *de admin. et peric. tut.* XXVI, 7. L. 41. D. *ad leg. Falcid.* XXXV, 2.

6) Maxime ob L. 36. in f. *de V. O.* XLV, 1. („Idem est, et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit"). [vid. *Petri* except. II, 57]. L. 7. §. 11. D. *de pact.* II, 14. („Sive autem ab initio dolo malo pactum factum est, sive post pactum dolo malo aliquid factum est, nocebit exceptio, propter haec verba edicti: *neque fiat.*"). L. 1. in f. D. *depositi* XVI, 3. („Hoc enim ipso dolo facit, quod id, quod ad se pervenit, non reddit"). — At varie JCti hanc rem interpretantur. Cf. *Glück* Comment. nach Hellfeld IV. p. 112. not. 2.

7) L. 1. §. 2, 3. *h. t.* — L. 77. §. 31. *de leg.* II. — *Ev. Otto* D. de dolo bono (in ej. Diss.).

8) L. 1. §. 2. D. *h. t.* L. 7. §. 9, 10. D. *de pact.* L. 43. §. 2. D. *de contr. emt.* — *Fr. Hotomani* observ. IV, 4. *Ulr. Huber* Digress. Justin. IV, 25. *Noodt* l. l. c. II.

9) L. 1. §. 1. L. 4. §. 13. D. *de doli mali et met. exc.*

10) L. 1. pr. D. *h. t.* — Cf. L. 7. §. 10. *de pact.* („Sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil Praetor adjicit: Sed eleganter Labeo ait, hoc aut iniquum esse, aut supervacuum: iniquum, si, quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere; supervacuum, si deceptus hoc fecerit: inest enim dolo et fraus. Quem in locum vid. *Bess* rat. emend. leg. III. §. 9 sqq. (*Höpfner*) Samml. d. röm. Gesetze ins Teutsche übersetzt. (Frf. 1785. 8.) p. 25.

11) L. 16. §. 4. D. *de minor.* IV, 4. („Pomponius ait, in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire"). L. 43. pr. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. L. 19. pr. *de aedil. ed.* XXI, 1. L. 10. C. *de resc. vend.* IV, 44.

12) *Cicero* de off. III, 15.

13) L. 1. §. 2. L. 17. §. 20. L. 18. D. *de aedil. edicto.*

14) L. 43. §. 1. D. *de contr. emt.* L. 14. §. ult. L. 55. in f. *de aedil. edicto.*

15) *Cicero* de off. III, 16. in f. — L. 36. D. *h. t.*

16) Propter L. 7. pr. D. *h. t.* et L. 13. §. 4. D. *de act. emti vend.* XIX, 1. (L. 7. pr. *h. t.* „Et eleganter Pomponius haec verba: *si alia actio non sit*, sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Julianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus, eum vendidit cum peculio, emtorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus, carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non possit: * aut * (v. *Brencm.* in ed. Geb. Sp. not. 35. ad h. l.) nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est: et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere". v. Basil. T. I. p. 399. *Noodt* l. l. c. 14.). — Caeter. cf. *Noodt* l. l. c. 3, 7. — *Dan. Nettelbladt* (resp. *Reuter*) D. de doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu. Hal. 1744. 4. — *Glück* Comment. nach Hellfeld IV. p. 114 sqq.

§. 107.

§. 107.

Error et ignorantia *).

Error et ignorantia, quae quidem eodem loco in jure habentur, ita differunt, ut error sit ejus rei, de qua falsum ferimus judicium, ignorantia autem, cujus nulla est in mente nostra vel cogitatio vel notitia. Est vero error aut juris, aut facti [1]). Factum hic intelligimus omne id, quodcunque non ad juris objectivi nomen referri potest, adeoque error facti vel de personis est [2]), vel de rebus [3]), vel de jure subjectivo, denique de eventibus factisque, ut proprie dicuntur; quo in genere et facti proprii et alieni error distinguitur [4]). Et varia est erroris vis in juris factique quaestionibus definiendis. Nam I) sunt quaedam causae, in quibus prorsus nulla habetur erroris ratio, scilicet, ut nec prosit error, nisi interdum ex jure singulari [5]), nec noceat, velut hae: et quae sine cujusquam consensu obligationes actionesque efficiunt [6]), et quae tempore perimuntur [7]), et quae ad naturalis obligationis solutionem spectant [8]), et cum quaeritur, valeantne ea, quae contra legum vel praeceptionem vel prohibitionem aguntur [9]), denique, quoties plus est in re atque veritate, quam in existimatione mentis [10]). Contra vero II) nonnunquam error deesse non debet, aut ad malae fidei possessoris incommoda avertenda [11]), aut tamquam juris constituendi necessaria quaedam conditio [12]); qua in re hoc etiam anquiritur: cujusnam potissimum scientia ignorantiave spectari debeat, utrum ejus, cujus negotia geruntur, an ipsius, qui gerit [13])? III) Fit etiam, ut pro nullis habeantur, quae facta sunt, negligentiae autem venia detur. Quae quidem quaestio, ad quam totus hicce locus potissimum spectat, his fere regulis generatim continetur: 1) Quotiescunque impedit error, quominus rei alicujus gerendae consensus necessarius adsit, pro nihilo est, quod agitur [14]); quae tamen res pro diversa negotiorum indole atque natura varie erit aestimanda [15]). 2) Quodsi alterius error alteri nocuit, ille quidem ad damnum datum resarciendum, cum ex lege [16])

tenetur, tum ex culpa, quam in errore contrahendo admiserit; in qua aestimanda haec inprimis animadvertenda sunt: utrum juris sit ignorantia, an facti (§. 108.), item, facti proprii an alieni, tum, justam habeat is, ad quem ea res pertinet, ignorantiae causam, an scire etiam debuerit factum alienum, ut in culpa sit, nisi diligenter ante exploraverit rem [17]). Contra vero, cum id tantum agitur, ut ne cum alterius damno alter fiat locupletior, sufficiet, ut de errore rite doceatur [18]). Praeterea 3) illud non est praetereundum, imperfectam aetatem tantundem valere in impuberibus, quantum in caeteris valeat ignorantia [19]). 4) Generatim autem, ubi de eo quaeritur, an venia detur errori impunitasque? differentia est, eademque gravissima inter juris et facti ignorantiam, de qua quidem mox peculiariter dicetur.

*) Dig. (XXII, 6.) et Cod. (I, 18.) *de juris et facti ignorantia.* — *H. Donelli* commentarii juris civilis, Lib. I. cap. 17 — 23. — *Gundling* die schwere Lehre von dem Irrthum in der Rechtsgelahrtheit (Gundlingiana St. XXXII. Nr. I.). — *Auctoris* Diatr. über juris und facti ignorantia und deren Einfluss auf Rechtsverhältnisse (Archiv für civilist. Praxis II. Bd. Nr. XXXV.). — *v. Löhr* Auszug aus einer Probeschrift (von *Hermann*) über die juris und facti ignorantia (Magaz. für R. W. und Gesetzgebung IV. Bd. Nr. IV.).

1) L. 1. D. *h. t.* — — — — „Si quis nesciat se cognatum esse, interdum in jure, interdum in facto errat: nam, si et liberum se esse, et ex quibus natus sit sciat, jura autem cognationis habere se nesciat, in jure errat. At si quis forte expositus, quorum parentum esset ignorat, fortasse et serviat alicui, putans se servum esse, in facto magis quam in jure errat." — — — —

2) L. 9. D. *de hered. inst.* XXVIII, 5. — L. 3. pr. D. *de Scto Maced.* XIV, 6. L. 2. §. 15. 16. D. *pro emtore* XLI, 4. §. 4. J. *de vulg. subftit.* — L. 96. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2.

3) L. 9, 57, 58. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. — L. 16. pr. *eod.* — L. 62. §. 1. *eod.*

4) L. 3. pr. D. *h. t.* („Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciat, an de jure suo ignoret"). L. 5. in f. D. *pro suo* XLI, 10. (— „quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est."). L. 42. D. *de reg. jur.* — Cf. §. 108. not. 5. 6.

5) v. a. L. 7. §. 5. D. *de minor.* IV, 4. L. 1. C. *h. t.* L. 1, 4. C. *si adv. rem. jud.* II, 27.

6) velut L. 1 pr. et §. 5. D. *nautae, caupones, stabularii* etc. IV, 9. L. 1. pr. et §. 4. L. 6. §. 2. D. *de his qui effuder. vel dejec.* IX, 3. L. 56. D. *de re jud.* XLII, 1. — cf. *Auct.* Diatr. §. 1. et §. 2. p. 567 sqq. et infr. not. 15.

7) L. 8. C. *de dolo malo* II, 21. L. 3. in f. C. *de praescript.* 30 vel 40 annor. VII, 39. — Cui nec obstat L. 6. D. *de calumniator.* v. *Auctor.* Diatr. cit. p. 366. 2. a.

8) L. 19. pr. *de cond. ind.* cf. *Auct.* Diatr. p. 369. not. 25.

9) L. 1. C. *de interd. matrim. inter pup. et tut.* V, 6.

10) L. 9. §. 4. D. *h. t.* („Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis, et ideo, tametsi existimet, se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur"). L. 1. C. *de delator.* X, 11. Caeterum cf. L. 2. §. 15. D. *pro emtore* (vid. *Unterholzner* v. d. Verj. p. 152 et 153. not. 3.), L. 15. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2. („Is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare: *nam plus est in opinione, quam in veritate*"). L. 14, 15. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. („De statu suo dubitantes, vel errantes, testamentum facere non possunt"). vid. *Glückii* Pand. nach *Hellfeld* Bd. XXII. p. 285 sqq.

11) L. 25. §. 6. D. *de her. pet.* V, 3, (cf. §. 179).

12) L. 27. D. *de contr. emt.* L. 16. §. 2. D. *de lib. causa* XL, 12. L. 7. §. 5. 6. D. *pro emt.* L. 109. D. *de V. S.*

13) L. 51. D. *de aedil. edicto* XXI, 1. — L. 49. §. 2. D. *de a. v. a. p.* XLI, 2. L. 47. D. *de usurp.* XLI, 3.

14) L. 15. D. *de jurisd.* II, 1. („Non consentiunt, qui errant; quid enim tam contrarium consensui est, quam error" —) L. 2. pr. D. *de jud* V, 1. — L. 20. D. *de aqua et aquae pluv. arc. act.* XXXIX, 3. („Nulla voluntas errantis est"). L. 4, 5, 8, 9. C. *h. t.*

15) L. 18. pr. D. *de reb. cred.* XII, 1. — L. 9. pr. et §. 2. D. *de contr. emt.* — L. 58. *eod.* — L. 72. §. 6. D. *de condit. et demonstr.* XXXV, 1. — L. 35. *de acq. rer. domin.* XLI, 1. §. 4. J. *de legat.* L. 9. pr. *de hered. inst.* XXVIII, 5. — L. 22. D. *de a. v. o. h.* — c. un. C. XXIX, qu. 1.

16) v. c. L. 13. pr. *de act. emti vend.* XIX, 1. L. 1. §. 2. D. *de aedil. edicto* XXI, 1.

17) L. 5. in f. D. *de reb. cred.* L. 42. *de reg. jur.* („Qui in alterius locum succedunt, justam habent ignorantiae causam, an id quod peteretur, deberetur. Fidejussores quoque, non minus quam heredes, justam ignorantiam possunt allegare. Haec ita de herede dicta sunt, si cum eo agetur, non etiam si agat: nam plane, qui agit, certus esse debet, cum sit in potestate ejus, quando velit, experiri: et ante debet rem explorare, et tum ad agendum procedere"). — Cf. *Gundling* l. l. §. 14, 16, 20, 21, 22, 23, 24.

18) L. 22. pr. L. 32. §. 1, 3. L. 54. D. *de cond. indeb.* XII, 6.

19) L. ult. D. *h. t.* („Impuberes sine tutore agentes nihil posse scire intelliguntur"). Vid. *Glück* l. l. p. 368 sqq. At cf. 103. not. 1.

§. 108.

Quid intersit inter juris et facti ignorantiam.

Inter juris et facti ignorantiam, quoties quidem aut de eo solo quaeritur, an omnino adsit consensus, aut id tantummodo agitur, ut ne quis rei suae familiaris jacturam faciat, nulla fere est differentia [1]). At in reliquis omnibus differunt, ita quidem, ut venia non detur juris ignorantiae, dummodo ne defuerint, quos consuleret is, qui in jure erravit [2]). Jus enim non ignorare omnes oportet, quicunque obediant legibus (§. 50. not. 1.); neque eodem loco error in jure, quo facti ignorantia haberi debet, cum jus sit finitum, facti interpretatio saepius etiam prudentissimos fallat [3]). Facti igitur ignorantia lapsi in integrum restituuntur, nisi aut summa sit errantis negligentia [4]), aut facti proprii quis praetendat ignorantiam [5]), aut sua ipsius culpa aliquis contraxerit errorem, tali scilicet interveniente juris vinculo, quo ad damna restituenda alter alteri tenetur [6]). Proinde in hisce causis fieri fere solet, ut noceat error in jure, prosit vero facti ignorantia: 1) quoties de juribus acquirendis quaeritur [7]), nec ad id genus causarum, quas modo (§. 107.) definivimus, pertineat ea res, de qua agitur; velut in usucapionibus [8]), in bonorum possessionibus atque hereditatibus [9]), tum in obligationibus actionibusque quaerendis [10]). Sunt autem singularia quaedam recepta circa hanc rem, siquidem ad lucri causam id quoque referunt Romani, quod jure retinere potuit heres, juris tamen ignorantia captus, testatoris secutus voluntatem, solvit [11]). Valet etiam haec, quam diximus, differentia 2) in litium coram judice tractandarum tempore atque ratione [12]), nec non 3) in delictorum causis [13]). Quaedam vero personae etiam ob juris ignorantiam excusantur, cum in omnibus, ut minores, quibus utique, sicubi non est delinquendi animus, sed juris ignorantia, datur erroris venia [14]), tum in singulis tantummodo causis, ut foeminae [15]), ut milites [16]), ut ii, quibus propter rusticitatem jus ignorare nonnumquam est permissum [17]).

1) v. §. 106. not. 13 et 17. Add. L. 206. D. *de reg. jur.* L. 15. D. *de cond. ind.* XII, 6. L. 7. D. *h. t.* („Juris ignorantia suum petentibus non nocet"). L. 8. in f. *eod.* („Omnibus juris error in damnis rei suae amittendae non nocet"). L. 16. §. 2. D. *de minor.* IV, 4. L. 20. pr. *fam. ercisc.* X, 2. L. 58. D. *de cond. indeb.* L. 10. C. *eod.* IV, 5. L. 79. D. *de leg.* II. L. 1. pr. D. *ut in possess. legator.* XXXVI, 4. L. 16. §. 14. *de publicanis* XXXIX, 4. — Dissentiunt tamen, quod quidem ad indebiti condictionem attinet, tantum non omnes, maxime propter L. 10. C. *h. t.* („Cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio: per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est"). Cf. tam. infra not. 11. et *Auctoris* Diatr. cit. §. 7. 8. — vid. et *A. P. Frioke* (resp. *Tiedemann*) D. de indebitum solvente per ignorantiam juris civilis ad indebiti condictionem admittendo. Helmst. 1778. 4.

2) L. 9. §. 3. *h. t.* L. 10. D. *de bon. poss.* XXXVII, 1.

3) L. 2. D. *h. t.* — cf. infr. not. 6.

4) Quae etiam supina ignorantia, negligentia crassa, ignorantia deperditi aut nimium securi hominis appellatur. L. 3. §. 1. L. 6. 9. §. 2. D. *h. t.* — cf. L. 11. §. 3. D. *de inst. act.* XIV, 3.

5) L. 3. pr. L. 5. D. *h. t.* (cf. *Heineccium* ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II, c. 6. §. 2. et *Glück* l. l. p. 509 sqq. — L. 7. D. *ad Sct. Vellej.* XVI, 1. L. 5. §. 1. D. *pro suo* XLI, 10. — cf. *C. L. Crell* (resp. *Peckold*) D. de ignorantia facti proprii interdum innocua. Vitemb. 1741. 4.

6) Culpae enim praestatio etiam in erroris quaestione ex communibus praeceptis erit aestimanda, nisi quod is, qui juris ignorantia inductus damnum alteri dedit, utique in culpa fuisse videatur. — cf. §. 107. not. 16.

7) L. 7. D. *h. t.* („Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet"). L. 8. *eod.*

8) L. 4. D. *h. t.* L. 31. D. *de usurp.* XLI, 3. L. 2. §. 15. D. *pro emt.* XLI, 4. — cf. L. 1. §. 10. D. *de aqua quot. et aest.* XLIII, 20.

9) L. §. 1. §. 4. D. *h. t.* L. 9. §. 1. *eod.*

10) L. 3. pr. D. *ad Sct. Mac.* XIV, 6. L. 8. §. 2. D. *qui satisdare cogantur.* II, 8. L. 29. pr. D. *mandati* XVII, 1.

11) L. 9. §. 5. D. *h. t.* „Si quis jus ignorans lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistola D. Pii. — — — Quodsi ideo repetitionem ejus pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt: *sciant, ignorantiam facti, non juris prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus*"). L. 2. C. *de fideicommissis* VI, 42. — cf. *Auct.* Diatr. cit. §. 5. p. 392—395.

12) Arg. L. 1. C. *h. t.* — *Auctor.* libell. cit. §. 5. B. p. 391—392.

13) L. 1. D. *de legib.* („— — delictorum, quae sponte *vel ignorantia* contrahuntur, coërcitio"). L. 11. §. 4. D. *de his qui not. infamia* III, 2. („Notatur etiam, qui eam duxit, sed si sciens: ignorantia enim excusatur, *non juris, sed facti*"). L. 15. pr. D. *de lege Cornelia de falsis* XLVIII, 10. L. 16. §. 5. *de* XXXIX, 4.

14) L. 9. pr. D. *h. t.* L. 7. §. 6. D. *de minor.* IV, 4. L. 2. C. *si adv. solut.* II, 33. L. 7. D. §. 11. 12. L. 8. D. *de minor.* Tit. Cod. *si adv. rem jud.* II, 27. — L. 9. §. 5. *de minor.* L. 38. §. 4. D. *ad leg. Jul. de adult.* XLVIII, 5.

15) L. 3. C. Th. *de integri restit.* II, 16. L. 9. pr. D. *h. t.* L. ult. C. *h. t.* L. 8. D. *h. t.* L. 11. C. *h. t.* L. 6. C. *qui admitti ad b. p. poss.* VI, 9. — L. 2. §. 7. *de jure fisci* XLIX, 14. L. 8. §. 2. in f. *qui satisd. cog.* II, 8. — L. 2. §. 1. D. *de inspic. ventre.* XXV, 4. L. 15. §. 5. D. *de lege Corn. de fals.* XLVIII, 10. L. 38. §. 2. *ad leg. Jul. de adulter.*

16) L. 9. §. 1. D. *h. t.* — L. 1. C. *h. t.* — L. 5. C. *de his qui sibi adscr. in test.* IX, 23. L. 4. in f. D. *de re milit.* XLIX, 16.

17) L. 8. C. *qui admitti ad b. p. poss.* — L. 2. §. 1. D. *si quis in jus voc. non ierit*, II, 5. L. 2. §. 7. D. *de jure fisci*, L. 1. §. 5. D. *de edendo* II, 13.

§. 109.

3) *Animi intentio seria.*

Habentur etiam pro infectis, quae aut jocandi animo fiunt [1]), aut per simulationem aguntur [2]), salvo scilicet eorum jure, quorum forte decipiendorum causa talia facta sint [3]). Quodsi vero ita, qui quid agunt, veram animi sui sententiam dissimulant, ut eo, quod simulate agitur, tamquam velamento obtegant aliud quoddam negotium, de quo quidem ineundo seria cogitant mente, tum id valet, quod vere agitur [4]), dummodo omnino possit valere [5]). At nonnumquam ipsi juris nostri auctores imaginarias jurium formas putarunt adhibendas, ne propter summum jus impedirentur ea, quae aequitati veraeque justitiae quamvis egregie convenirent [6]).

1) L. 3. in f. D. *de O. et A* — „nec enim si per jocum — ego tibi dixero: spondes? et tu respondeas: spondeo, nascetur obligatio."

2) L. 55. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. („Nuda et imaginaria venditio pro non facta est"). L. 12. D. *de aq. et aq. pluv. arc. act.* XXXIX, 3. L. 54. D. *de O. et A.* („Contractus imaginarii — juris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur, non intercedente veritate"). L. 21. C. *de transactionib.* II, 4. — cf. *Henr. Cocceji* D. de simulatione. Frf. 1693. 4.

3) L. 49. pr. D. *de act. emt. vend.* XIX, 1. — *Leyser* med. ad Pand. sp. 42. m. 5.

4) Tit. Cod. *Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur,* IV, 22. — L. 46. D. *locati,* XIX, 2. L. 6. D. *pro donato,* XLI, 6. L. 3, 9. C. *de contr. emt.* IV, 38.

5) L. 38. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. L. 5. §. 5. L. 7. §. 6. L. 31. §. 4. 5. D. *de donat. int. V. et U.* XXIV, 1. L. 8. C. *de postulando* II, 6.

6) L. 66. D. *de jure dotium* XXIII, 3. „Si ususfructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri: quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est, ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum: Quidam ergo, remedii loco, recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus, *vel vendat nummo uno*, ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat." v. *Jac. Constantinaei* subtilium enodation. Lib. I. c. 15. (*Otto* thesaur. IV. p. 508 sqq.). v. *de Water* observ. jur. rom. (Traj. Bat. 1713. 4.). Lib. III, c. 13.

§. 110.

II) *Voluntatis significatio.*

Neque vero liberum animi judicium certumque agendi consilium, pro facto cuiquam imputari potest, nisi etiam voluntatis declaratio, certis indubitabilibusque signis facta, accedat [1]). Fit autem haecce voluntatis significatio aut actu quodam corporali, ut in delictis, ut in possessionis apprehensione, aut sola voluntatis professione, eâdemque vel expressâ, ut ajunt, vel tacitâ. Prior illa item fit dupliciter, id est, vel verbis, sive ore prolatis sive scriptis [2]), vel factis, iisque talibus, quae instar obtinent verborum, velut nutus [3]). Tacita est, quae ex aliis dictis factisque argumentando efficitur [4]); quid? quod nonnumquam et sola taciturnitas voluntatis est indicium [5]), quae tamen res multas habet cautiones [6]). Differt etiam consensus tacitus a praesumto, quippe qui non conclusione quadam necessaria efficiatur, verum probabili tantum voluntatis conjectura nitatur, adeoque contrarii probationem admittat [7]).

1) L. 53. in f. *de V. S.* (— „nec, consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fit"). L. 18 D. *de poenis* XLVIII, 19. „Cogitationis poenam nemo patitur." Cui non obstat L 14. D. *ad leg. Cornel. de sicariis* XLVIII, 8. („in maleficiis voluntas spectatur, non exitus"). Quae, quemadmodum i-

genda sit jam ex LL. 1. et 5. C. *de sicariis* (IX, 16.) cuique fiet perspicuum. cf. *Welcker* Recht, Staat und Strafe p. 555 sqq.

2) L. 38. *de O. et A.* XLIV, 7. („Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur: quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur"). L. 4. D. *de fide instrum.* XXII, 4. (— „fiunt enim de his scripturae, ut, quod actum est, per eas facilius probari possit; et sine his valet, quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiae sunt, licet testatio sine scriptis habita est.") L. 5. *eod.*

3) L. 21. pr. D. *de leg.* 3. L. 1. §. 5. D. *de adsign. lib.* XXXVIII, 4. L. 45. in f. D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 17. D. *de novat.* XLVI, 2.

4) L. 52. §. 1. D. *de legib.* L. 2. in f. L. 57. pr. D. *de pact.* II, 14. L. 12. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* XX, 6. L. 12. pr. D *de sponsalib.* XXIII, 1. L. 95. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2. L. 57. pr. D. *ad Sct. Treb.* XXXVI, 1. L. 5. D. *ratam rem haberi*, XLVI, 8. L. 7. C. *de remiss. pign.* VIII, 26. — cf. L. 14. §. 7. 8. D. *de relig.* XI, 7.

5) L. 142. D. *de reg. jur.* („Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare"). — c. 43. *de reg. jur.* in 6to. („Qui tacet, consentire videtur"). — L. 2. in f. D. *soluto matrim.* XXIV, 3. L. 2. in f. D. *ad munic.* L, 1.

6) vid. *H. Brokes* D. de silentio consensum non inferente. Vitemb. 1754. 4. *Henr. Cocceji* D. de silentio. Hal. 1750. 4. — *P. Bondam* (resp. *L. G. Snethlage*) D. de consensu tacito ex silentio. Harderov. 1764. 4. *Glück* Pand. nach *Hellfeld* IV. §. 289. — *C. S. Zachariae* lib. quaestion. IV, 22. §. 2. 3. — cf. §. 111. not. 4.

7) L. 35. pr. L. 40. §. 4. D. *de proc.* III, 3. L. 35. §. 2. D. *de leg.* III. („Cum Sejus pro uxore centum aureos creditori solverit, et ornamentum pignori positum luerit, postea autem testamento facto uxori suae legavit, quidquid ad eum, inve stipulatum ejus concessit, et hoc amplius vicenos aureos annuos: Quaesitum est, an hos centum aureos heredes viri ab uxore, vel ab heredibus ejus repetant? Respondit, si donationis causa creditori solvisset, teneri heredes ex causa fideicommissi, si repetant, atque etiam petentes exceptione summoveri. *Quod praesumtum esse debet, nisi contrarium ab herede approbetur*"). — Aliter rem definiunt *F. G. Lautensack* D. de accurato discrimine inter consensum expressum, tacitum et praesumtum (Erf. 1710. 4.) et *Hofacker* princ. jur. civ. rom. germ. I. §. 183. 184.

§. 111.

De iis, quae aliorum vel auctoritate vel assensu fiunt.

Quae aliena auctoritate assensuque fiunt, aut ad utrumque, et ad eum, qui est facti auctor suasorque, et ad ipsum, qui agit, aeque pertinent, ut in factis il-

licitis [1]), aut ad alterutrum tantum (§. 127. 129.), aut ad neutrum, velut in his, quae non recipiunt procuratorem [2]). Nonnumquam autem, ut plenum habeant effectum, quae aguntur, aliorum consensu atque auctoritate opus erit, tum maxime, cum aut ab his; qui alicujus potestati subsunt, vel curae, quid gerendum est, aut negotiis, vel alienis, vel communibus sese quis immiscet, aut alter prohibere potest atque impedire, quo minus quis re sua libere utatur. Quo quidem nomine haec inprimis videntur esse praecipienda. 1) Consentire videtur is, qui vel fieri aliquid sciens patitur, quod ad se spectat, vel ab eo, qui tale quid egit, certior factus, non continuo interponit contrariae voluntatis testationem [3]). Quid? quod nonnumquam is quoque existimatur probasse rem gestam, qui, simul ut eam rescierit, quocunque id fieret modo, contrariam suam voluntatem non profiteretur [4]), nisi certa quaedam consentiendi forma legibus praescripta sit, qua non adhibita, omnino non valeant, quae geruntur [5]). 2) Consensisse etiam videri potest, qui tabulis subscripserit, sive in suo ipsius negotio confectis, sive in alieno, eo tamen, cujus aliqua saltem ratione ab ipsius consensu arbitrioque pendeat exitus [6]). 3) Qui assensu suo pure atque simpliciter comprobavit factum, eatenus quidem utique adstrinxit fidem suam, ut non liceat ei convellere, quae acta sunt [7]); ex quo tamen non id conficitur, ut etiam actiones obligationesque ex illa re oriundae semper eum sequantur, cujus vel auctoritate vel adprobatione aliquid susceptum perfectumque est, ne tum quidem, cum ad ipsum pertinet res, de qua agitur [8]). Caeteroquin 4) plane non obstringimur consensu nostro, nisi etiam id, cujus causa consensum est, legitimo modo consecutum sit [9]).

1) L. 1. §. 13. et L. 3. §. 10. D. *de vi* XLIII, 16. L. 11. §. 5 — 6. D. *de injur.* XLVII, 10. L. 15. D. *ad leg. Cornel. de sicar.* XLVIII, 8. L. 5. C. *de accusationib.* IX, 2.

2) L. 123. pr. D. *de reg. jur.* L. 90. pr. *de a. v. o. h.* XXIX, 2. L. 3. C. *de vind. lib. et ap. concil. manum.* VII, 1.

3) L. 1. §. 5. D. *de exercit. act.* XIV, 1. L. 16. D. *de Scto. Maced.* XIV, 6. L. 6. §. 2. L. 53. D. *mandati*, XVII, 1. L. 12. D. *de evict.* XXI, 2. L. 7. §. 1. D. *de sponsalib.* XXIII, 1. L. 6. C. *de remiss. pignor.* VIII, 26. Nov. 123. c. 17.

4) L. 5. C. *de nupt.* V, 4.

5) vid. e. c. L. 2. L. 9. §. 5. D. *de auct. tut.* XXVI, 8.

6) L. 1. §. 4. D. *quod jussu* XV, 4. L. 26. §. 1. D. *de pignor.* XX, 1. L. 8. §. 15. L. 9. in f. D. *quib. m. pign. v. hyp. solv.* XX, 6. — Nec obstat L. 39. in f. D. *de pign. act.* XIII, 7. („Herennius Modestinus respondit, contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur"). v. *E. C. Westphal* Versuch einer syst. Erläuterung d. röm. Gesetze vom Pfandr. §. 15. not. 29.

7) L. 1. §. 2. D. *de exc. rei vend. et trad.* XXI, 3. L. 11. D. *si quid in fraud. patr. fact. sit.* XXXVIII, 5. L. 4. §. 12. D. *de doli mali et met. exc.* XLIV, 4. L. 11. C. *de fideic.* VI, 42. — cf. L. 4. §. 1. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* XX, 6. „Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel, ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari: *nisi salva causa pignoris sui consensit.*"

8) Nam „aliud est vendere, aliud venditioni consentire." L. 160. *de reg. jur.* v. infr. §. 127.

9) L. 4. §. 2. D. *quib. m. pign. v. hyp. solv.* XX, 6.

§. 112.

Ratihabitio *).

Consensus vel ipsum actum antecedit, vel eidem inest, vel eum subsequitur, quae quidem ratihabitio vocatur. Rata vero haberi non modo ea possunt, quae in nostra causa ab aliis gesta sunt, verum etiam quae a nobismetipsis, videlicet cum, quae gesserimus, aut nullam omnino, aut non plenam atque perfectam habeant vim [1]); itemque et facta licita, et illicita [2]). Retrotrahitur autem plerumque ratihabitio ad id tempus, quo primum factum est id, de quo quaeritur [3]), nisi aut juris publici quodam impedimento effectum est, quo minus jam inde ab initio negotium aliquod constaret [4]), aut tempore jam elapso, intra quod fieri aliquid debuerat, ratihabitio demum subsecuta est [5]), aut id, de quo agitur, juraque ex illo oriunda, jamjam ita sunt perfecta atque absoluta, ut praeteritis utique adnumeranda sint [6]). Quodsi vero ex eo genere sunt negotia, quae certum juris ordinem desiderent, tum sola ratihabitione

ne id quidem efficitur, ut in futurum valeant, quae ante gesta sunt [7]). Quemadmodum autem omnino voluntatis significatio, sic etiam ratihabitio tacite fieri potest [8]), hoc tamen itidem addito velut temperamento, scilicet ut nulla sit vis tacitae voluntatis, cum actui cuidam rite ineundo certa legibus forma statuta sit [9]).

*) *C. Ziegler* D. de ratihabitione ejusque effectu juris. Vit. 1670, 4. — *G. Hufeland* über den eigenthümlichen Geist des röm. Rechts (civilist. Abh.) I. Th. Nr. IV. p. 297 sqq.

1) L. 65. §. 1. D. *de ritu nuptiar.* XXIII, 2. — L. 25. C. *de don. int. V. et U.* V, 16.

2) L. 152. §. 2. D. *de reg. jur.* („In maleficio ratihabitio mandato comparatur"). L. 1. §. 14. D. *de vi et vi armata* XLIII, 16. — L. 2, 4. C. *de his quae vi metusve causa gesta sunt*, II, 20. — cf. *Leyser* med. ad Pand. sp. 504. med. 15.

3) L. 56. D. *de judiciis* V, 1. L. 16. §. 1. D. *de pign. et hyp.* XX, 1. L. 12. §. 4. D. *de solut.* XLVI, 3. (— „ratihabitio mandato comparatur"). L. 71. §. 1. 2. *eod.* L. 7. pr. C. *ad Sct. Maced.* IV, 28. (— „veterum ambiguitates decidentes, sancimus, quemadmodum, si ab initio voluntate patris, vel mandatu, filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnoxius firmiter constitueretur, ita et, si postea ratum pater habuerit contractum, validum esse hujusmodi contractum"). — L. 25. C. *de don. int. V. et U.* V, 16. (— „sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt"). c. 12. *de reg. jur.* in 6to.

4) L. 4. §. 6. D. *de offic. proc.* I, 16. L. 27. L. 65. §. 1. D. *de ritu nupt.* XXIII, 2. — cf. *Ziegler* l. l. §. 14. — *Weber* v. d. nat. Verb. §. 127.

5) L. 24. pr. D. *ratam rem haberi* XLVI, 8. („Bonorum possessionem ab alio agnitam ratam haberi oportet eo tempore, quo adhuc in ea causa sit, ut peti possit. Itaque post centesimum diem rata haberi non potest".)

6) L. 20. §. 1. D. *mandati* XVII, 1. L. 9. in f. *de negot. gest.* III, 5. L. 3. C. *de rei vind.* III, 32. L. 20. C. *fam. ercisc.* III, 36. — coll. cum L. 60. D. *de reg. jur.* — v. *Thibaut* Versuche II, 10.

7) cf. L. 9. §. 5. D. *de auct. tut.* XXVI, 8. („Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri: *post* tempus — interposita ejus auctoritas nihil agit"). cf. infra §. 124.

8) v. c. L. 1. §. 5. D. *de exerc. act.* XIV, 1. L. 16. D. *ad Sct. Mac.* XIV, 6. L. 65. §. 1. D. *de ritu nupt.* XXIII, 2.

9) L. 25. *de don. int. V. et U.*

§. 113.

Singulatim de negotiis juris. Eorum et notio et praecipua genera.

Negotia juris interpretamur: esse facta, jurium constituendorum immutandorumve causa licite suscepta. Atque e variis quidem negotiorum generibus ea tantum commemorabimus, quibus fere omnis humanae societatis vitaeque civilis ratio continetur; quae quidem et nomen et notionem habent, aut a legibus, quae modum rationemque praescribunt negotiis, aut a causa, quae ipsis subest, aut a gerentium personis. In *primo genere* juris civilis et juris gentium negotia inter se distinguuntur. Atque in illis quaedam, cum ad pristini juris rationem iniri solerent, nec conditionem, nec diem, nec procuratorem admittebant [1]), in quibus quam maxime insignes fuere *legis actiones*, quibus inter se homines dimicarent [2]); vocabulo tamen isto ad alia quoque juris civilis negotia translato, quae ad illarum actionum similitudinem apud magistratum peragi solerent [3]). *Ex causa* bifariam dividuntur negotia. Primum enim negotia inter vivos iis opponuntur, quae fiunt mortis causa [4]); quorum quidem posteriorum, certe ex juris Romani indole, hoc proprium est, ut plerumque ad mortem usque possint revocari [5]). Deinde lucrativa et onerosa negotia, ut vocant, inter se disjunguntur [6]); sunt etiam negotia, quae mixtam quodammodo causam obtinere videntur [7]). *Ex personis* vero hoc divisionis genus ducitur, quo ea negotia, in quibus duae aut plures gerentium personae concurrunt, ut in conventionibus, ab iis distingui solent, quae uni potissimum auctori adsignanda sunt; ad quod genus testamenta maxime referuntur [8]).

1) L. 77. D. *de reg. jur.* („Actus legitimi, qui (non) recipiunt diem, vel conditionem, velut mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem"). L. 123. pr. *eod.* („Nemo alieno nomine lege agere potest"). — *Dirksen* Beitr. z. Kunde d. R. R. (Leipz. 1825.) nr. IV. p. 221 sqq. — L. 51.

§. 2. L. 90. pr. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2. L. 17. §. 1. D. *de appell.* XLIX, 1. L. 15. §. 10. D. *de acceptil.* XLVI, 4.

2) *Gaji* instit. IV. §. 10 sqq. *Ulpiani* Fr. XI, §. 24. 27. L. 2. §. 6. et 58. D. *de O. J.* I, 2. — cf. *F. G. Pestel* de natura legis actionum. Rintel. 1748. 4. — *C. H. Breuning* (resp. *Koepping*) dubia circa varias legis actionum actuumque legitimorum interpretationes. Lips. 1775. 4. — *Höpfner* disquis. v. den legis actionibus und actib. legitimis (commentario ad Instit. adjecta). (cf. et *Dirksenii* diatr. nota 1 laud.)

3) *Gaji* instit. II. §. 24. — cf. et L. 4. D. *de adopt.* I, 7. („Magistratum, *apud quem legis actio est*, et emancipare filios suos, et in adoptionem dare apud se posse, Neratii sententia est"). L. 3. D. *de off. proc.* I, 16. („Nec adoptare potest: *omnino enim non est apud eum legis actio*"). L. 1. C. *de adopt.* VIII, 48. (— „non nisi apud eum, *apud quem plena legis actio est*" —).

4) L. 1. pr. D. *de adsignand. libert.* XXXVIII, 4. (— „qui eum eamve manumisit *inter vivos, vel testamento*" —). L. 27. D. *de mort. c. donat.* XXXIX, 6.

5) Exceptiones vid. in L. 13. in f. L. 35. §. 4. in f. D. *de mort. c. don.* (cf. tam. L. 27. *eod.*) Nov. 78. pr. et c. 1.

6) Cf. L. 15. §. 15. D. *de a. e. v.* XIX, 1. L. 4. §. 14. D. *de manumiss.* XL, 1. — §. 6. J. *de legat.* („Traditum est, duas *lucrativas causas* in eundem hominem, et in eamdem rem concurrere non posse"). L. 17. D. *de O. et A.* XLIV, 7. — L. 4. §. 29. D. *de d. m. et m. exc.* XLIV, 4. („Si quis ex causa legati vindicet, aut is, cui ex causa donationis res praestita est, an de dolo exceptionem patiatur ex causa ejus, in cujus locum successerit? Et magis putat Pomponius summovendum, et ego *puto exceptione eos esse repellendos, cum lucrativam causam sint nancti.* Aliud est enim emere, aliud ex his causis succedere." cf. §. 31. ejusd. L.). — L. 6. §. 11. D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8. L. un. C. *de imponenda lucrativa descriptione* X, 35.

7) L. 25. §. 1. D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8. — L. un. C. *de imp. lucr. descr.* — L. 8. §. 13. D. *quib. m. pign. solv.* XX, 6. — cf. omnino *J. C. Hasse* das Güterrecht d. Ehegatten I. §. 110 — 114.

8) vid. tamen *Gaji* instit. II. §. 105. (— „quia propter veteris juris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emtorem agi et testatorem" —). §. 10. J. *de testam. ordin.*

§. 114.

Quibus a rebus vis omnis negotiorum pendeat.

In negotiorum justa ratione recte aestimanda, et personae, quae in iis versantur, considerandae sunt, et res, de quibus ineuntur, et voluntatis significatio, quomodo fiat. Atque in personis quidem ea adpareat

conditio, quae efficiat, ut et rei, quae geratur, intelligentia in eas cadere possit idonea (§. 103.), et jurium constituendorum acquirendorumve seseque aliis obnoxias faciendi habeant potestatem personae [1]). Res vero, ut in privatorum sint commercio oportet [2]), ita et facultas de iis statuendi sit apud negotii auctores [3]). Quod autem ad voluntatis significationem attinet, ex juris quidem gentium praeceptis non nisi haec requiruntur: cum, ut a libera seriaque animi intentione ducatur voluntas, tum omnibus suis partibus expleta sit atque perfecta [4]), denique, ut plane atque dilucide pronuntiata sit, ut, quid sit, de quo quaeritur, intelligi possit. Quo quidem nomine necesse non est, ut, et personae, et res, in quibus versatur negotium, nominibus suis propriis definiantur, verum sufficit demonstratio, i. e. rerum personarumve descriptio, talis quidem, qua certe constet, de quo senserit is, qui voluntatem suam professus est. Quid? quod nec id quidem interest, illane ipsa demonstratio vera sit, an falsa, dummodo, de quonam cogitaverit negotium gerens, non in ambiguo sit [5]). Quibus tamen eo jure, quod cujusque civitatis proprium est, alia quaedam solent superaddita esse, velut haec: verborum formulae solemnes [6]), testium tabellionumve usus [7]), scriptura, tum etiam principis, aut magistratus judicisve auctoritas [8]). Atque testium quidem alii negotiorum constituendorum solemnitatisque causa adhibendi sunt, quorum in numero esse mulieres prohibentur [9]), alii non nisi probationibus inserviunt. Scripturae usus itidem vel necessarius est ad negotium constituendum, vel futurae tantum probationis causa adsumitur [10]). Triplici autem potissimum ex causa ad superioris judicisve auctoritatem in negotiis ineundis confugimus: aut enim aliter, quae aguntur, rata non habentur [11]), aut majorem habet vim, quod ita perficitur [12]), aut hoc tantum propositum est agentibus, ut certum quandoque iis adsit, expeditumque rei gestae argumentum [13]). Jam vero quaecunque hujus rei causa sit, tamen hoc est perpetuum, ut inutilis sit confirma-

io a judice facta, nisi ea quoque appareant, quibus mnino non debet vacare negotium [14]. Quodsi igitur ut a judicis magistratusve confirmatione vis omnis neotii pendet, (qua quidem in re nonnumquam et causae ognitio a judice competente facta desideratur [15]), aut lia quaedam forma necessario adhibenda est, tum sive ege sit praescripta, sive sponte inter privatos de illa onvenerit, ne ad id quidem, ut perficiatur solennitas, gi poterit [16]).

1) §. 10. J. *de inutil. stipul.* L. 5. C. *de i. i. r. min.* II, 22. L. 2. C. *de contr. emt.* IV, 38. — L. 8. §. 1. 2. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1.

2) §. 84. supr. — cf. et L. 34. §. 1. D. *de contr. emt.* XVIII, 1.

3) Tit. C. *de reb. alienis non alienand.* IV, 51. — L. 65. in f. D. *de fidej.* XLVI. 1. — At cf. §. 4. J. *de legat.* L. 28. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. L. 5. D. *de duob. reb.* XLV, 2. L. 6. C. *si aliena res pign. data sit.* VIII, 16.

4) L. 29. pr. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. L. 1. in f. D. *de her. inst.* XXVIII, 5. L. 55. D. *de O. et A.* XLIV, 7.

5) L. 34. pr. D. *de cond. et demonst.* XXXV, 1. („nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur; nec interest, falsa an vera sit, si certum sit, quem testator demonstraverit"). L. 17. §. 1. *eod.* („Si ita servus legatus sit: Stichum coquum, Stichum sutorem Titio lego: licet neque coquus, neque sutor sit, ad legatarium pertinebit, si de eo sensisse testatorem conveniat.").

6) *Gaji* instit. II. §. 117, 166. III. §. 92 sqq. — cf. tam. L. 15. C. *de test.* VI, 23. §. 7. J. *de hered. qual. et differentia.* §. 1. J. *de V. O.* L. 1. §. 2. D. *eod.* XLV, 1. L. 10. C. *de contr. v. committ. stipul.* VIII, 38. L. 1. C. *de formulis sublatis* II, 58.

7) cf. *Brisson.* de V. S. v. *tabellio* et *tabularius*; et *de Savigny* Gesch. d. röm. R. im Mittelalter I, p. 48. 49.

8) cf. infr. not. 11. et 12. Quae apud magistratum aut judicem peraguntur, ea, cum non ad modum pertinent rationemque jus suum in judicio persequendi, jurisdictioni voluntariae adsignari solent, propter L. 2. pr. D. *de offic. proc.* I, 16. (cf. *de Savigny* l. l. p. 81 sqq.). — Vid. et L. 2 et 8. C. *de fer.* III, 12. — c. 5. X. *eod.* II, 11. *J. Claproth* theoret. pract. Rechtsw. von freiwill. Gerichtshandl. ed. III. Gött. 1789. — (*C. A. v. Trützschler*) Anweisung zur vorsicht. und förml. Abfassung rechtl. Aufsätze, insonderheit üb. Handl. der willkührl. Gerichtsbarkeit. ed. IV. 2 Vol. Leipz. 1801. —

9) §. 6. J. *de test. ord.* L. 20. §. 6. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. — *Harmenopuli* *πρόχειρον τῶν νόμων* I, 6. §. 52. — *Vinnius* ad §. 6. J. cit.

10) L. 8. C. *qui test. fac. poss.* VI, 22. — L. 4. D. *de fide instrum.* XXII, 4. (§. 110. not. 2.). L. 4. 5. C. *eod.* IV, 21. — cf. *de Savigny* über den Literalcontract der Römer p. 1 — 5. (in den

Abhandl. d. hist. philolog. Klasse d. Ak. d. Wiss. zu Berlin a. d. J. 1816 — 1817. Berl. 1818.).

11) v. c. L. 2. pr. D. *de adopt.* I, 7. — L. 32. C. *de episc. et cler.* I, 3. (— „ita videlicet, ut praesentibus publicis personis, i. e. tabulariis, aut intervenientibus gestis in hac quidem inclyta urbe apud virum perfectissimum magistrum census, in provinciis vero, apud moderatores earum, vel defensores locorum res eorum eis tradantur" —). L. 1. C. *de praed. et aliis reb. minor.* V, 71. L. 27. C. *de donat.* VIII, 54. (— „ut donationes *interveniente actorum testificatione* conficiantur" —). L. 31. *eod.* („In donationibus, quae *actis insinuantur*, non esse necessarium etc. —). L. 34. pr. *eod.* (— „donationes — sub *observatione monumentorum* fieri" —). — L. ult. §. 2. C. *de jure delib.* VI, 30. Nov. 1. c. 2. §. 1.

12) v. c. pignora publica, maxime ex jure patrio. — cf. et L. 11. C. *qui pot. in pign.* VIII, 18.

13) v. c. L. 19. C. *de test.* VI, 23.

14) Judex enim non dat jura, sed ea, quae adsunt, confirmat. — cf. c. 4. *de confirmatione utili vel inutili* II, 30. — *Jo. Balth. Wernher* observ. for. T. I. P. V. obs. 234. *Leyser* med. ad Pand. sp. 40. m. 7. — At „tanta est judicialis auctoritas, ut semper pro ipso praesumi debeat, donec contra ipsum aliquid legitime comprobetur." c. 6. *de renuntiatione* I, 9.

15) L. 8. §. 17. D. *de transact.* II, 15. L. 11. D. *de reb. cor. qui sub tut.* XXVII, 9. L. 12. C. *de praed. et al. reb. min. non alienand.* V, 71.

16) L. 17. C. *de fide instrum.* IV, 21.

§. 115.

Negotiorum substantia, natura, accidentia et adminicula *).

Sunt tria haec, quibus, tamquam elementis negotia continentur: substantia, natura, et accidentia, in quibus etiam negotiorum adminicula sunt [1]). Naturae autem appellatio generalis est, adeoque ad substantiam interdum referri solet [2]). Atque proprie quidem *substantiam negotii* vocamus omne id, quo detracto, nec nomen nec notio superfutura sunt ejus quidem negotii, de quo quaeritur [3]); *naturam* vero, quod sua vi inest negotiis [4]), adeoque in ambiguis semper praevalet [5]), licet plerumque privatorum arbitrio immutari tollique possit [6]). Accidentia intelligimus ea, quibus aut detrahitur quid, aut adjicitur naturae negotii [7]). Atque in negotiorum accidentiis, quorum quidem generalior est quaedam vis, maxime habentur conditio, dies, (quibus

us quidem non adjectis, purum dicitur negotium atque praesens [8]), modus, clausulae. De quibus jam singulatim videamus.

*) *Jos. Averanii* interpret. jur. Lib. IV. c. 12.

1) L. 72. pr. D. *de contr. emt.* XVIII, 1.

2) velut in L. 15. §. 1. D. *de servit.* VIII, 1.

3) L. 1. D. *de jure codicillor.* XXIX, 7. L. 1. §. 2. D. *de V. O.* XLV, 1.

4) L. 7. §. 5. D. *de pact.* II, 14. L. 21. §. 3. D. *de testib.* XXII, 5.

5) L. 5. D. *de reb. cred.* XII, 1. L. 11. §. 1. D. *de a. e. v.* XIX, 1. L. 15. §. 4. D. *locati* XIX, 2. L. 11. §. 1. D. *de a. e. v.* XIX, 1. (— „quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestate"). L. 4. pr. D. *de usuris* XXII, 1.

6) L. 5. §. 4. D. *de praescr. verb.* XIX, 5. (— „potest mandatum ex pacto naturam suam excedere"). L. 10. pr. D. *de per. et comm. rei vend. et trad.* XVIII, 6. — Hoc tamen non est perpetuum. Vid. v. e. L. 2, 4, 6, 17. D. *de pactis dotalib.* XXIII, 4. — cf. *Averanius* l. l. nr. 16 sqq.

7) L. 72. pr. *de contr. emt.* L. 52. pr. *de V. O.* XLV, 1.

8) §. 2. 3. J. *de verb. obl.* L. 8. D. *de auct. tut.* XXVI, 8. L. 45. pr. D. *ad Leg. Falcid.* XXXV, 2.

§. 116.

1. *Conditio* *). a) *Notio et species.*

Conditiones, ut proprie dicuntur, adjectiones sunt negotiorum, quae jurium, vel constituendorum vel finiendorum causas in eventum futurum eumque incertum differunt [1]). Non faciunt igitur conditionale negotium, nec eae conditiones, quae ad tempus praeteritum vel praesens referuntur [2]), nec necessariae, ut vocantur, i. e. quae aut omnino sunt exstiturae [3]), aut propter negotiorum naturam ipsis insunt, unde etiam tum *tacitarum* nomine veniunt [4]), tum *juris conditiones* appellantur [5]). Summa autem conditionum divisio a causa est atque fine. Nam aut ita negotio adscribitur conditio, ut, donec impleatur, imperfectum sit negotium, quod quidem prae ceteris conditionale vocant juris nostri auctores; aut ita, ut purum ab initio sit negotium, at sub conditione resolvatur [6]). Recentiores illam dicunt suspensivam conditionem, hanc vero reso-

lutivam[7]). Alia etiam conditionum genera ab earum argumento petuntur, in quibus hae potiſſimum inſunt disjunctiones: prima eſt affirmativarum et negativarum, ut vocant[8]). Altera eſt, qua hae inter ſe diſtinguuntur: et caſuales, quarum quidem eventus aut ex ſola fortuna, aut ab alieno arbitrio totus pendet, et poteſtativae, quae in ejus perſonae, ad quam pertinet jus conditionale, voluntate poſitae ſunt, et mixtae, in quibus utrumque, et caſus et privatorum arbitrium concurrant neceſſe eſt[9]). Tertium eſt disjunctionis genus, in quo poſſibiles conditiones ſeparantur ab impoſſibilibus. Sunt autem impoſſibiles, ut proprie dicuntur, quae per rerum naturam fieri nequeunt[10]), quibus quidem ſimiles ſunt et falſae conditiones[11]), et eae, quae jure prohibentur[12]), cujusmodi ſunt quae contra bonos mores[13]), contraque honeſtatis rationem fiunt[14]), tum, quae quaſi anſas dant delictorum improbitatumque, velut conditio jurisjurandi[15]), denique eae, quae nimium, atque vel praeter recti conſcientiam utilitatisque publicae rationem naturalem hominum libertatem onerent atque impediant[16]).

*) *Fr. Balduini* commentarius de conditionibus (in *Heineccii* Jurisprudentia Romana et Attica T. I. p. 523 ſqq. — *H. Donelli* commentarii jur. civil. Lib. VIII. c. 50 — 56.

1) §. 4. J. *de verb. obl.* L. 39. D. *de reb. cred.* XII, 1. (— „tunc poteſtatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur").

2) §. 6. J. *de verb. obl.* („Conditiones quae ad praeteritum vel ad praeſens tempus referuntur, aut ſtatim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: velut, ſi Titius conſul fuit, vel, ſi Maevius vivit, dare ſpondes? Nam ſi ea ita non ſunt, nihil valet ſtipulatio, ſin autem ita ſe habent, ſtatim valet. Quae enim per rerum naturam ſunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta ſint"). L. 37. D. *de reb. cred.* XII, 1. L. 100. D. *de V. O.* XLV, 1. — L. 16. D. *de injuſto rupto, irrito facto teſt.* XXVIII, 3. L. 10. §. 1. D. *de condit. inſtit.* XXVIII, 7. („Si quem ita inſtitutum ponamus: ille, ſi eum codicillis heredem ſcripſi, heres eſto, valet inſtitutio, etiam in filio qui in poteſtate eſt: cum nulla ſit conditio, quae in praeteritum confertur, vel quae in praeſens, velut: ſi rex Parthorum vivit, ſi navis in portu ſtat").

3) L. 18. D. *de cond. indebiti* XII, 6. L. 7. in f. D. *de V. O.* L. 9. §. 1. D. *de novat.* XLVI, 2. („Qui ſub conditione ſtipulatur, quae omnimodo exſtatura eſt, pure videtur ſtipulari").

4) L. 68. D. *de jure dotium* XXIII, 3. (— „ cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat"). — L. 99. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1. („ Conditiones extrinsecus (al. intrinsecus), non ex testamento venientes, i. e. quae tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia"). — cf. L. 6. §. 1. D. *de tutelis* XXVI, 1. L. 22. §. 1. D. *quando dies leg. v. fideic. cedat* XXXVI, 2. — Attamen tacitae illae conditiones, quoniam negotii implementum utique impediunt, certe in conventionibus ad instar sunt conditionum, ut proprie appellantur. v. c. L. 21. D. *de jure dotium* XXIII, 3. — L. 73. §. 1. D. *de V. O.* XLV, 1. — (Caeter. cf. et L. 65. §. 1. D. *de leg.* I. L. 69. D. *de cond. et dem.* XXXV, 1. vid. §. 117. not. 5.). — *Balduinus* l. l. c. 4. — *H. Donelli* comment. jur. civ. VIII, 32.

5) L. 21. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1. —

6) L. 2. D. *de in diem addict.* XVIII, 2. („ Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio, quaestionis est. Et — si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio, quae sub conditione resolvetur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis." — L. 4. pr. *eod.* L. 3. D. *de contr.* XVIII, 1. („ Si res ita distracta sit, ut, si displicuisset, inemta esset, constat, non esse sub conditione distractam, sed resolvi emtionem sub conditione"). L. 1. D. *de lege commissoria.* XVIII, 3. („ Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur"). L. 2. §. 4. D. *pro emtore* XLI, 4.

7) *Thibaut* civilist. Abh. XVII. Nr. I.

8) L. 7. et 67. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1.

9) L. un. §. 7. C. *de caduc. toll.* VI, 51. — Potestativas esse rejiciendas putat *A. Fr. Schott* (observ. de conditionis potestativae figmento; in opusc. — Lips. 1770. — p. 272 sqq.), maxime ob L. 11. §. 1. D. *de cond. et demonstr.* „ Item sciendum est, *promiscuas* conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur, veluti, si in capitolium ascenderit, non promiscuas etiam vivo testatore existere posse, veluti, si Titius consul factus fuerit". Sed vid. L. 8. §. 7. D. *de cond. instit.* XXVIII, 7. (§. 119. not. 6.) et L. 4. D. *de hered. inst.* XXVIII, 5.

10) *Pauli* sent. rec. III, T. 4. B. §. 1. — §. 11. J. *de inutil. stipul.* („ Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat: veluti si ita quis dixerit: si digito coelum attigero, dare spondes?"). L. 6. D. *de condit. instit.* XXVIII, 7. (v. §. 118. not. 1.).

11) L. 72. §. 7. D. *de condit. et demonstr.* („ Falsam conditionem Cassius et Caelius Sabinus impossibilem esse dixerunt, veluti: Pamphilus, si quod Titio debeo solverit, liber esto si modo nihil Titio fuit debitum"). v. *Averanii* interpr. jur. Lib. II. c. 24. nr. 14 sqq.

12) L. 137. §. 6. D. *de V. O.* („ Cum quis sub hac conditione stipulatus sit: si rem sacram, aut religiosam Titius vendiderit, vel forum, aut basilicam, et hujusmodi res quae publicis usibus in perpetuum relictae sint, ubi omnino conditio jure impleri non

potest, vel id facere ei non liceat: nullius momenti fore stipulationem, *proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis* *inserta esset*"). L. 15. D. *de condit. instit.* XXVIII, 7.

13) „Velut si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit." L. 9. D. *de con. instit.* L. 27. pr. *eod.* — L. 61, L. 123. D. *de V. O.* — L. C. *de instit. et substit. sub condit. fact.* VI, 25.

14) L. 65. §. 1. D. *de cond. et demonstr.*

15) L. 8. pr. D. *de condit. instit.* „Quae sub conditione jurisjurandi relinquuntur, a Praetore reprobantur: — — — Cum enim faciles sint nonnulli hominum ad jurandum, contemtu religionis, alii perquam timidi, metu divini numinis usque superstitionem, ne vel hi vel illi aut consequerentur, aut perderent quod relictum est, Praetor consultissime intervenit".

16) Quo hae maxime referendae sunt conditiones: si quis a loco quodam non recesserit (L. 71. §. 2. D. *de cond. et demonstr.*), si alieno arbitrio quis nupserit (L. 72. §. 4. *eod.*), tum etiam si omnino non nupserit. (L. 22, L. 72. §. 5. *eod.* L. 100. D. *de V. O.*) — Admittitur vero conditio haec: si illi aut illi non nupserit, tum, si intra certum tempus, velut a liberis impuberibus non nupserit. L. 62. §. 2. L. 63. pr. L. 64. D. *de condit. et demonstr.* — Quid? quod viduitatis conditio conjugi ab altero conjuge vel etiam ab extraneo omnino potest imponi. L. 2. C. *de indicta viduitate et lege Julia miscella tollenda.* VI, 40. Nov. 22 c. 43. 44. — *Jo. Sal. Brunquell* D. de conditione: si non nupserit, ultimis voluntatibus adjecta (opusc. Nr. V.). — *J. G. Heineccius* ad L. Jul. et P. P. Lib. II. c. 16. — De conditione religionis non mutandae vid. *T. J. Reinharth* sel. observat. ad *P. Christinaei* decisiones (Erf. 1743. f.) Vol. IV. obs. 24. et *Weber* ad *Höpfnerum.* §. 491. not. a. nr. 5.

§. 117.

b) *Quomodo adjiciantur conditiones?*

Modus autem ratioque conditionum adjiciendarum iisdem fere regulis continetur, quibus et alia quaelibet voluntatis significandae ratio. Quemadmodum igitur libera animi intentione carere non debet conditionis adjectio, ita etiam seria mentis cogitatione concepta sit necesse est [1]), tum perspicue fiat omninoque ita, ut, quid sibi velit negotii auctor, non in obscuro sit [2]). Possunt autem eae quoque conditiones, quae proprie ita dicuntur, tacite negotiis inesse [3]), ut adeo nonnumquam expressae noceant, non expressae non noceant [4]); contra vero fieri potest, ut, quae tacite negotiis, propter eorum naturam insunt, etiam veris conditionibus adnumerentur, propterea, quod aperta sanctione negotiis adscriptae sint [5]).

1) L. 4. §. 1. D. *de statu liberis* XL, 7. „Non est statu liber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore is, qui manumissus est, vivere non possit, aut si tam difficilem, immo pene impossibilem conditionem adjecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non possit, veluti, si heredi millies dedisset, aut, cum moreretur liberum esse jussisset; sic enim libertas inutiliter datur: — *quia nec animus dandae libertatis est.*" *Averanii* interpr. I. c. 24. nr. 13. 14.

2) Ut si ita scripserit testator: „Si Titius heres erit, Sejus heres esto, si Sejus heres erit, Titius heres esto." — Vocantur *perplexae* hujusmodi conditiones. L. 16. D. *de eod. inst.* XXVIII, 7.

3) Velut L. 85. in f. *de leg.* 3. („Plane in mortis tempus collatum hunc sermonem: vestem quae mea erit, sine dubio pro conditione accipiendum puto: sed et Stichum, qui meus erit, puto pro conditione accipiendum, nec interesse, utrum ita, qui meus erit, an ita, si meus erit: utrobique conditionem eam esse.") L. 19. pr. *de const. pec.* XIII, 5. — v. *Balduinus* l. l. c. 5. (de conditionibus tacite repetitis). *Donelli* comm. jur. civ. VIII, 31.

4) L. 195. *de reg. jur.* L. 77. in f. *eod.* („— nonnumquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt: nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio exstiterit: quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciat actum"). L. 68. D. *de her. inst.* XXVIII, 5. — L. 138. §. 1. D. *de V. O.* — Cf. *Jac. Gothofredi* comment. in tit. de reg. jur. ad L. 195. (opusc. min. ed. *Trotz*, p. 1207.)

5) L. 65. §. 1. *de leg.* 1. L. 69. D. *de cond. et demonstr.* v. *Averanii* interpr. Lib. IV. cap. 5. nr. 8 sqq.

§. 118.

c) *Quaenam sit conditionum negotiis adjectarum vis?*

De conditionum negotiis adjectarum vi haec generatim esse praecipienda videntur: 1) Impossibiles conditiones, tum etiam quae jure prohibentur, eaeque affirmative conceptae, pro varia negotiorum indole, nunc pro non scriptis habentur, nunc ipsum vitiant negotium [1]), negative conceptae, impossibiles quidem, quae proprie ita dicuntur, utique pro non adjectis habendae sunt [2]), verumtamen ita adscriptâ conditione, ut non fiat, quod jure prohibitum est, alias servanda erit conditio, alias nullum fiet negotium, cui adjecta est [3]). 2) Dum pendet conditio, et is impeditur, cujus interest non impleri conditionem, ne quid faciat omittatve, quo

vanum reddatur jus alterius, irritumve [4]), et judicis arbitrio cautiones interponendae sunt, scilicet evenientem quandoque conditione impletum iri jus, quod ex illa pendeat [5]). 3) Existente conditione, ita plerumque evenit id, quod in conditione positum est, quasi jam ab initio pure constitisset [6]); ea vero deficiente, pro nihilo habetur negotium conditionale [7]).

1) a) L. 7. D. *de V. O.* („Impossibilis conditio, cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat"). — §. 10. J. *de hered. inst.* („Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus pro non scripta habetur"). L. 5. D. *de cond. et demonstr.* — b) L. 35. §. 1. D. *de V. O.* („Item quod leges fieri prohibent, — cessat obligatio: veluti si sororem nupturam sibi aliquis stipuletur"). — L. 14. D. *de cond. instit.* XXVIII, 7. („Conditiones contra edicta imperatorum, aut contra leges, aut quae legis vicem obtineant scriptae, vel quae contra bonos mores, vel derisoriae sunt, aut hujusmodi, quas Praetores improbaverunt, pro non scriptis habentur: et perinde, ac si conditio hereditati sive legato adjecta non esset, capitur hereditas legatumve"). vid. *Weber* ad *Höpfnerum* §. 491. not. 5. nr. 1. — Cf. *J. G. Brückmann* (resp. *Witte*) D. de impossibili canonico-juridico, sive de eo, quod circa conditiones impossibiles actibus humanis appositas justum est. Erf. 1751. 4. — An etiam difficiles (sic vocant, maxime ob L. 6. D. *de condit. instit.* et L. 63. §. 7. D. *ad Sct. Treb.* XXXVI, 1.) pro non scriptis habendae sint, acriter inter doctos disputatur. Vid. *C. G. Hübner* Pr. de conditione difficili, ultimis voluntatibus adscripta. Lips. 1798. 4. et *Weber* ad *Höpfnerum* §. 491. not. 5. nr. 2. Cf. §. 117. not. 1.

2) L. 7. in f. D. *de V. O.* (— „aliter, atque si talis conditio inferatur stipulationi: si in coelum non ascenderit; nam utilis et praesens est, et pecuniam creditam continet"). §. 11. J. *de inutil. stipul.* „At si ita stipuletur: si digito coelum non attigero, dare spondes? pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim petere potest".

3) L. 121. §. 1. *de V. O.* („Mulier ab eo, in cujus matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset, nihil causae esse respondi, cur ex stipulatu, quae ex bonis moribus concepta fuerat, mulier, impleta conditione, pecuniam adsequi non possit"). L. 7. §. 3. D. *de pact.* II, 14. „Si ob maleficium ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione". Cf. *Thibaut* l. l. p. 562. nr. 1.

4) L. 161. D. *de reg. jur.* L. 50. D. *de contr. empt.* XVIII, 1. L. 4. §. 3. C. *comm. de leg.* VI, 43.

5) L. 13. §. 5. D. *de pign. et hyp.* XX, 1. Tit. Dig. ut *legatorum seu fideicommissor. servandor. causa caveatur.* XXXVI, 3.

6) L. 59. §. 4. D. *de her. inst.* XXVIII, 5. L. 105. D. *de cond. et dem.* L. 138. pr. D. *de reg. jur.* — L. 16. D. *de in diem add.* XVIII, 2. L. 8. pr. D. *de per. et commodo rei vend.* XVIII, 6.

(„Quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emtione in praeteritum. Quodsi pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt: sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res exstincta fuerit"). — L. 11. §. 1. D. *qui pot. in pign.* XX, 4. („Cum enim semel conditio exstitit; perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset"). L. 16. D. *de solut.* XLVI, 3. („Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur jam olim liberatus"). — Cf. L. 5. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* XX, 6. — *Thibaut* l. l. p. 365—367.

7) §. 2. J. *quib. mod. test. infirm.* — L. 57. in f. D. *de contr. emt.* L. 8. pr. D. *de per. et comm. rei vend.* L. 21. in f. D. *de solut.*

§. 119.

d) *Conditionis implendae ratio.*

In implendis conditionibus primum omnium voluntas erit statuentium servanda, ita, ut nec valeat, si quis, verba amplectendo, conditionis adscriptae sententiam circumveniat [1]), nec vero improbandum sit, quod ex statuentium mente atque consilio eveniat, licet id non ex praescripto, ut quidem verba sonant, fiat [2]). At „disjunctivo modo conditionibus adscriptis, alteram defecisse non oberit, altera vel postea impleta" [3]). Caeterum non modo, cum in ambiguo res sit, conditionem esse impletam existimatur [4]), verum etiam nonnunquam pro impleta habetur conditio, quam non evenisse certo constat, velut in his: 1) quoties per eum, cujus interest, non impleri conditionem, fit, quo minus impleatur [5]), aut 2) potestativae conditionis eventus casu impeditur [6]), si quidem per ipsum non stetit, quo minus antea impleretur conditio [7]). Idemque 3) obtinet in mixtis conditionibus, nisi forte implendi voluntatem et potestatem praecesserit casus [8]). Denique 4) in favorem et libertatis et alimentorum constitutum est, ut, etiamsi casus secutus sit, antequam omnino impleri possit mixta conditio, nihilo tamen minus ita res procedat, quasi sit impleta conditio [9]).

1) L. 51. §. 1. D. *de leg.* 2. L. 76. D. *de cond. et demonstr.* („Fideicommissum a filiis relictum, si quis ex his sine liberis diem suum obierit, adoptionis commento non excluditur").

2) L. 11. §. 11. D. *de leg.* 3. L. 15. D. *quando dies leg. cedat.* XXXVI, 2. — L. 54. §. 1. *de leg.* 1. L. 28. pr. D. *de cond. et dem.*

3) L. 78. §. 1. D. *de cond. et demonstr.*

4) Id enim colligunt ex L. 10. §. 1. D. *de reb. dub.* XXIV, 5, quam quidem, quoniam, quae facti sunt, non fere praesumuntur (§. 97), ad favorem libertatis referri magis conveniat.

5) L. 59. et L. 161. D. *de reg. jur.* L. 81. §. 1. D. *de cond. et demonstr.*

6) L. 8. §. 7. D. *de cond. instit.* L. 54. §. 2. *de leg.* 1.

7) L. 23. §. 2. D. *ad L. Aquil.* LX, 2. L. 8. §. 7. D. *de cond. inst.* XXVIII, 7. L. 54. §. 2. *de leg.* 1.

8) L. 51. L. 101. pr. D. *de cond. et demonstr.* L. 94. pr. *eod.* (verb. „Diversa causa est legatarii" *vel* L. 9. C. *de condit. insert.* VI, 46.)

9) L. 94. D. *de cond. et demonstr.* L. 1. C. *de leg.* VI, 37.

§. 120.

2) *Dies.*

Dies quoque recte adjicitur negotiis, hoc modo, ut vel ipsius negotii vis, vel petendi tantummodo tempus ex diei adjectione pendeat. Quodsi illud fit, tum vel incipit ex die negotium, vel ad diem constituitur, i. e. die existente finitur jus tali adjectione constitutum [1]). In utroque autem genere multum interest, diesne sit certus, an incertus [2]). Dies enim de quo, an omnino futurus sit, nondum constat, instar est conditionis, tam in conventionibus, quam in ultimis voluntatibus [3]). Quodsi id solummodo, quando sit exstiturus, in incerto sit, ultimae quidem voluntates itidem plerumque diei adjectione fient conditionales [4]); id quod longe secus est in conventionibus [5]).

1) L. 34. D. *de hered. instit.* XXVIII, 5. („Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio"). L. 44. §. 1. D. *de O. et A.* XLIV, 7. („Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem. Ex die, velut: Kalendis Martiis dare spondes? — Ad diem autem: usque ad Kalendas dare spondes?") — *In diem* de utroque usurpatum fuisse videtur, cum de termino a quo, ut vocant, tum de termino ad quem. L. 144. pr. cit. §. 2. J. *de V. O.* cf. *Brisson.* voce *in* §. 1. 2.

2) v. *Averanii* interpret. jur. Lib. II. c. 16.

3) L. 75. D. *de cond. et demonstr.* — L. 16. D. *de cond. ind.* XII, 6. (cf. *Cujacii* obs. XIII, obs. 20). — L. 21. pr. L. 22. pr. D. *quando dies leg. v. fideic. ced.* XXXVI, 2.

4) L. 79. §. 1. D. *de cond. et demonstr.* — Exc. est L. 79. pr. *eod.*

5) L. 17. D. *de cond. indeb.* XII, 6.

§. 121.

3) *Modus.*

In modo negotiis adjecto nihil quidquam est proprii ut insoliti, nisi cum vel ultimis voluntatibus, vel donationibus adjicitur modus. Potest autem triplex potissimum esse modus, de quo quidem hic quaeritur [1]). Aut enim id ei imponitur, in quem quaedam liberalitas confertur, ut acceptum in certum adhibeat usum, aut post aliquod tempus restituat, aut aliud quid, velut remunerationis loco, praestet, dummodo, quod vicissim praestetur, non tanti sit, ut in onerosum negotium transformetur id, quod agitur [2]). Licet autem aliqua ex parte sibi similes sint modus atque conditio [3]), adeoque interdum conditionis nomine veniat modus [4]), tamen, quantopere inter se differant, ex his facile apparebit: Etenim 1) negotium, cui modus adjectus est, tamquam purum impleri debet [5]), agi tamen potest, ut vel impleatur modus, vel restituatur, quod datum sit [6]). 2) Quoties per eum, in quem collata est liberalitas, non stat, quo minus impleatur modus, utique pro eo est, quasi sit impletus [7]). 3) Quodsi, modum vel impleri vel non impleri, nullius interest nisi hujus ipsius, cui dicta est lex, tum is, licet causa non secuta sit, nihilo tamen minus, quod datum relictumve sub modo est, obtinet [8]).

1) Generalior enim hujus vocabuli significatio in his locis subest: L. 92. D. *de her. inst.* XXVIII, 5. L. 44. §. 5. D. *de O. et A.* XLIV, 7. — L. 6. D. *de praescr. verb.* XIX, 5. L. 72. D. *de fidejuss.* XLVI, 1.

2) L. 17. §. 4. D. *de cond. et dem.* („Quodsi cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus, aut epulum municipibus, vel ex eo, ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur"). L. 71. pr. *eod.* („Titio centum, ita ut fundum emat, legata sunt: non esse cogendum Titium cavere Sextus Caecilius existimat, quoniam ad ipsum dumtaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio, fratri,

alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est: atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur, et postea non alienetur"). L. 3. C. *de contr. emt.* IV, 38. L. 1, 2, 5. C. *de donat. quae sub modo conficiuntur* VIII, 55.

3) L. 4. C. *de donat. quae sub modo.* — L. 8. C. *de cond. ob caus. dator.* IV, 6. — L. 19. D. *de leg.* 3. L. 17. D. *de usu et usufr. per legat. vel fideic. dat.* XXXIII, 2. — cf. L. 16. *eod.*

4) v. c. L. 4. C. *de donat. quae sub modo.*

5) L. 80. D. *de cond. et dem.* („Eas caussas, quae protinus agentem repellunt, in fideicommissis non pro conditionalibus observari oportet: eas vero, quae habent moram cum sumtu, admittemus cautione oblata: nec enim parem habemus eum, cui ita datum sit, *si monumentum fecerit*, et eum, cui datum est, ut monumentum faciat"). L. 17. §. 2. D. *de manumiss. test.* XL, 4 („Hac scriptura testamenti: Pamphilus liber esto, ita ut filiis meis rationem reddat: an sub conditione libertas data videretur? quaesitum est. Respondi, pure quidem datam libertatem, et illam adjectionem: ita ut rationes reddat, conditionem libertati non injicere: tamen, quia manifesta voluntas testantis exprimeretur, cogendum eum ad rationes reddendas"). — *Leyser* med. ad Pand. sp. 399. m. 1.

6) L. 1, 5. C. *de donat. quae sub modo.* L. 9, 22. C. *de donat.* VIII, 54. — L. 2. C. *de his quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur* VI, 45. („Ex his verbis: Titio decem millia, vel insulam relinquo, ita ut quinque millia ex his, vel eandem insulam Maevio restituat: licet antea neque legati, neque fideicommissi petitio nascebatur, tamen in libertate a D. Severo hoc admissum est. Sed et in pecuniariis caussis, voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex hujusmodi verbis, sive ad conditionem, sive ad modum respiciant, sive ad dandum, vel faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur, *videlicet in conditionibus post exitum earum*"). — *E. C. Westphal* von Vermächtn. I. p. 464. — L. 41. pr. in f. D. *de contrah. emt.*: „*Si sub conditione facta emtio est, non poterit agi, ut conditio impleatur.*" — vid. *C. F. G. Meister* D. de eo quod inter conditionem resolutivam et modum interest. (in opusc Syll. alt. Goett. 1775. 8. Nr. III.)

7) L. 1. C. *de his quae sub modo leg. v. fideic. rel.*

8) L. 15. §. 2. D. *de donat. int. V. et U.* XXIV, 1. („Cum quis acceperit, ut in suo aedificet, condici ei id non potest"). cf. L. 71. pr. D. *de cond. et dem.* (not. 2.)

§. 122.

4) *Clausulae.*

Clausulas eas voco verborum formulas, quae negotiis vel confirmandis, vel adjuvandis, vel determinandis inserviant. Atque ex ingenti clausularum copia haec inprimis sunt genera notanda: Primum est earum, quibus

prospicitur negotiis, tum omnino ut valeant, tum in perpetuum valitura sint; quo in genere sunt hae: et confirmatoria [1]), et reservatoria [2]), et rati [3]), et salutaris [4]), et derogatoria [5]), quas vocant. Alterum est, quo continentur clausulae, quas quidem cautionales liceat appellare, propterea quod eum in finem adjici solent, ut adsit quandoque certum aliquod expeditumque auxilium ei, ad quem jus ex eà re pertinet, velut doli clausula [6]), constituti possessorii [7]), et quae ex eo genere sunt similes [8]). Tertium est earum, quibus renunciatur juribus, quae alioquin sua sponte ex eo negotio proficiscuntur [9]). Ad quartum clausularum genus sunt eae referendae, quae modis certis terminisque circumdant negotium, quarum in numero etiam illa est, quàm clausulam rebus sic stantibus appellant, de qua quidem, an per se atque sua natura insit negotiis? etiamnum inter JCtos disputatur [10]). Denique non praetermittendae sunt clausulae, quae solemnitatis observandae causa adjici negotiis solent [11]). Est praeterea generalior etiam clausularum divisio notanda, eà scilicet, qua necessariae clausulae distinguuntur ab utilibus; quid? quod et supervacuae, ineptae, tales etiam, quae forte nociturae sint, in pragmaticorum instrumentis nonnumquam deprehenduntur [12]).

1) velut: „hoc testamentum volo esse ratum, quacunque ratione poterit." L. 29. §. 1. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1.

2) v. c. „si quid tabulis, aliove quo genere ad hoc testamentum pertinens, reliquero, ita valere volo." L. 18. D. *de jure cod.* XXIX, 7. — *C. v. Bynkershoek* de clausula, quam reservatoriam vocant (quaestion. jur. privati Lib. III. c. 4. 5. opp. T. II. p. 551 sqq.)

3) L. 65. D. *de proc.* III, 3. — *Leyser* med. ad Pand. spec. 178. cor. 1.

4) *J. S. Stryk* D. de clausula salutari libellor. Hal. 1758. 4. — *Leyser* sp. 56. m. 5.

5) *Cujacii* observ. XIV, 7. *C. v. Bynkershoek* de clausula, quam derogatoriam vocant (quaest. jur. priv. III. c. 6. opp. T. II. p. 555 sqq.).

6) L. 4. §. 16. D. *de doli mali et met. exc.* XLIV, 4.

7) v. (v. *Trützschler*) Anweis. z. vorsicht. Abfass. rechtl. Aufsätze. I. Hauptabth. III. Hauptst. §. 51.

8) v. c. L. 6, 15, 21. D. *jud. solvi* XLVI, 7. — *Jo. Gottfr. Ger* D. de vi et effic. clausulae mit oder ohne Recht. Arg. 1669. 4

9) v. *Trützschler* l. c. I. Hauptabth. III. Hauptst. §. 54 sqq. — v. infr. §.

10) vid. *Weber* v. d. nat. Verbindl. §. 90. Nr. III. — Cf. L. 58. D. *de solut.* XLVI, 3. — c. 25. *de jurejur.* II, 24.

11) velut, clausula *von Rechtswegen*, judicum sententiis adjici solita.

12) *Sam. Stryk* D. de jure superflui et cautela abundanti. Frf. 1690. 4. — *Id.* de cautela abundanti in contractib. Frf. 1690. 4. — *Id.* de clausula abundanti in proc. Fr. 1690. 4. — *C. a Rheden* D. de superfluis, ineptis et inutilib. libellor. clausulis. Brem. 1717. 4.

§. 123.

Negotia nulla, rescissa.

Nulla negotia proprie dicuntur, quae jam ab initio nullius momenti sunt, rescissa vero, quae, cum per se quidem valeant, ex causa tamen infirmantur [1]). At nullius momenti non solum ob substantialium defectum habentur negotia, verum etiam ea concidunt plerumque, quae forte aguntur, non observata forma, quam leges praescripserint negotiis [2]). Infirmantur negotia, aut ob aequi rationem, cum summo jure rata sint [3]), aut ex causa superveniente, eaque vel voluntaria [4]), vel necessaria. Causa infirmationis necessaria haec fere solet esse, quae si tempore initi negotii adfuisset, stare negotium haud pateretur [5]); quod tamen non est perpetuum [6]), nec omnino pertinet ad ea negotia, quae aut transacta jamjam sunt atque finita [7]); aut juris fictione ita adjuvantur, ut ante mutatam vel personarum vel rerum conditionem exitum jam habuisse videantur [8]). In utrumque autem negotiorum istoc genus vitiosum hae fere convenient regulae: 1) Cum ejus, quod est caput rei, de qua agitur, nulla vis esse potest, plerumque in totum vitiatur quod actum est [9]), nisi aut ad certas tantum personas pertineat vitium [10]), aut in sola quantitate adsit [11]), aut ex speciali legum decreto, licet principale negotium corruat, tamen, quae adjuncta sunt, salva sint atque rata [12]). Quodsi vero 2) non nisi in adjunctis vitium aliquod adpareat, tum non vitiatur utile per inutile, sed detracto eo, quod valere non potest, reliqua in suo statu permanebunt [13]).

Neque tamen 3) sublato impedimento, quo factum est, ut aut nullius momenti esset negotium, aut postea infirmaretur, vitium quoque tollitur negotio inhaerescens, scilicet ut jam valeat negotium [14]); de cujus quidem regulae exceptionibus, quas habet multas, seorsim nunc videbimus.

1) Quemadmodum autem „verbum rescindere aliquando generalius usurpatur, etiam de iis actibus, qui ipso jure nulli sunt," (v. *Brisson.* de V. S. voce *rescindere* §. 2.), sic contra fit, ut nullius esse momenti dicantur, quae per Praetorem rescindi solent; v. c. L. 22. D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8.

2) v. supr. §. 46. et cf. *C. L. Crell* observationes de fructu et effectu negotii inutilis, nullius et imperfecti. Vitemb. 1750. 4. — *J. C. Pütter* Pr. de nullitate. Goett. 1758. 4.

3) Exempla vid. ap. *Brisson.* voce *rescindere* §. 1.

4) Sic „posteriore testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur." §. 2. J. *quib. mod. test. infirm.*

5) §. 2. J. *de inutil. stipul.* („Idem juris est, si rem sacram, aut religiosam, vel publicam, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cujus commercium non habuerit, vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci, et ex libero servus fieri, et commercium adipisci stipulator potest, et res stipulatoris esse desinere: sed protinus inutilis est. *Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in earum quam causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio.*") L. 5. D. in f. *de his quae pro non scr. hab.* XXXIV, 8. („Nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur"). L. 98. pr. D. *de V. O.* („— *maxime secundum illorum opinionem*, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere." v. *Averanii* interpr. jur. Lib. IV. c. 24. —) cf. nota seq. Caeterum non in solis juris negotiis hujus regulae usus continetur, sed ad alias quoque jurium causas pertinet vid. §. 4. J. *de noxal. act.* L. 15. in f. L. 16. D. *ad Leg. Aquil.* IX, 2.

6) L. 85. D. *de reg. jur.* („Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt"). L. 140. §. 2. D. *de V. O.* XLV, 1. — L. 6. §. 1. L. 18. pr. L. 20. p. 4. D. *qui test. fac. poss.* XXVIII, 1. — cf. *Averanii* interpret. IV. c. 25. 26.

7) L. 5. pr. D. *de don. int. V. et U.* XXIV, 1. L. 31. pr. D. *de donat.* XXXIX, 5.

8) vid. v. c. L. 6. §. 12. D. *de inj. rupto, irr. test.* XXVIII, 3.

9) L. 178. D. *de reg. jur.* („Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent"). — L. 27. in f. D. *fam. ercisc.* X, 2. L. 17. D. *de in justo, rupto, irr. test.* L. 1. in f. C. *de posth. hered. instit.* VI, 29.

10) L. 5. §. 2. D. *de donat. int. V. et U.* — L. 13. §. 29. D. *de act. emti vend.* XIX, 1.

11) L. 29. D. *de usur.* XXII, 1. — L. 54. C. *de donat.* VIII, 54.
12) v. c. L. 15. in f. D. *de inoff. test.* V, 2. Nov. 115. c. 5. 4.
13) L. 20. D. *de usuris* XXII, 1. („Usuras illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi constat, caeterum sortem non vitiare"). L. 51. §. 4. D. *de don. int. V. et U.* („Si vir uxori, vel contra, quid vendiderit vero pretio, et donationis causa paciscantur, ne quid venditor ob eam rem praestet: videndum est, quid de ea venditione agatur: utrum res venierit, et totum negotium valeat, an vero, ut ea sola pactio irrita sit —? Et verius est, pactum dumtaxat irritum esse"). L. 1. §. 5. D. *de V. O.* („Sed si mihi Pamphilum, stipulanti, tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adjectionem pro supervacuo habendam esse puto: nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, altera inutilis: neque vitiatur utilis per hanc inutilem"). — L. 12. pr. D. *de precario* XLIII, 26. — *Averanii* interpret. IV. c. 12. nr. 8—11.
14) L. 29. D. *de reg. jur.* („Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere"). L. 201. *eod.* — L. 1. pr. D. *de regula Catoniana* XXXIV, 7. L. 41. §. 1. 2. D. *de leg.* 1. — §. 2. J. *de inutil. stipul.* (v. not. 5.). L. 83. §. 5. D. *de V. O.* (— „Nam et cum quis rem profanam, aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto ejus res sacra esse coeperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit. Nec revocatur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit, et Stichus ex libero servus effectus sit." L. 157. §. 6. in f. *eod.* („Non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio"). v. *Averanii* interpr. IV. c. 21, 22. cf. et *Al. ab Alexandro* dier. genial. III, 1.

§. 124.

Negotiorum et convalescentia et conversio.

Convalescunt negotia 1) quae sub conditione inita sunt, scilicet vitio sublato, existentis conditionis tempore [r]), nisi ea sit negotii natura, ut jam in eo ineundo omnia appareant utique necesse sit, e quibus vis ipsius quandoque pendeat [s]). 2) Quodsi non nisi ob deficientem, vel alicujus personae consensum, vel de re aliqua statuendi facultatem, inutile sit negotium, tum, vitiis illis e medio sublatis, plerumque convalescet, quod inutiliter actum fuit [3]). Denique 3) nonnumquam ex aequitate fit, tum ob singularem nonnullarum caussarum favorem, ut convalescant, simul ut in eum statum aut inciderint, aut reciderint, ut valere possint [t]). Caeterum negotia transformantur interdum in alia; quod ut fiat, haec in unum concurrant necesse est: Primum, ut

negotio, quod convertatur, omnino omnia insint, quae sufficiant, ut tamquam aliud valere possit [5]). Deinde, ut certo constet, voluisse auctores negotii, ut hoc ipsum valeat, quomodocunque possit [6]); quem in finem clausulae confirmatoriae usus nonnumquam erit necessarius [7]).

1) L. 41. §. 2. D. *de leg.* 1. L. 1. §. 2. L. 4. D. *de reg. Cat.* XXXIV, 7. L. 51. L. 98. pr. D. *de V. O.*

2) §. 1. J. *quib. non permitt. fac. test.* L. 49. §. 1. L. 59. §. 4. D. *de hered. inst.* XXVIII, 5. (cf. L. 62. *eod.*) —

3) L. 4. §. 6. D. *de off. proc.* I, 16. L. 20. L. 41. D. *de pign. act.* XIII, 7. L. 42. D. *de usurp.* XLI, 3. L. 5. C. *si aliena res pign. data sit.* VIII, 16. (vid. supr. §. 112.). — cf. L. 2. §. 2. D. *quod jussu.* XV, 4. L. 20. D. *qui et a quib. manumissi* XL, 9.

4) L. 4. L. 27. L. 65. §. 1. D. *de ritu nupt.* XXIII, 2. L. 1. §. 1. et 5. D. *de leg.* 3.

5) L. 5. pr. D. *de resc. vend.* XVIII, 5. („Cum emtor venditori, vel emtori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur, id agentis, ut a negotio discedatur, et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret: *sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet*"). L. 19. pr. D. *de acceptilatione* XLVI, 4.

6) L. 8. pr. D. *de acceptil.* („An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur? Et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum. Dicet aliquis: potest ergo non esse consensus: cur non possit? Fingamus, eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque, nullius esse momenti acceptilationem, sic accepto tulisse: quis dubitat, non esse pactum, cum consensum paciscendi non habuerit") — L. 1. §. 4. D. *de constituta pecunia* XIII, 5. („Eum, qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, non constitui sibi, dicendum est, de constituta experiri non posse: quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum sit"). L. 1. §. 2. in f. *de V. O.* — L. 9. D. *de sponsalib.* XXIII, 1. — L. 1. D. *de jure codicillor.* XXIX, 7.

7) L. 41. §. 5. D. *de vulg. et pup. subst.* XXVIII, 6. L. 8. pr. C. *de codicill.* VI, 36. — cf. *Weber ad Höpfnerum* §. 628. not. *

§. 125.

De negotiorum interpretandorum ratione *).

Negotiorum interpretatio, item ut legum, vel authentica est [1]), vel doctrinalis, eaque vel grammatica, vel logica. Sed etiam alia pleraque inter negotiorum et legum interpretationem communia sunt [2]); plurima etenim, quae juris nostri auctores de negotiis interpre-

tandis praeceperunt, jam ad legalem interpretandi rationem translata sunt. In utramque igitur conveniunt, cum ea, quae de ratione, inter grammaticam ac logicam interpretationem intercedente, supra disputata sunt, tum vero ipsa interpretandi praecepta, tantum non omnia. Enimvero haec sunt negotiorum interpretandorum generi fere propria: I) Authenticam interpretationem in negotiis non simpliciter esse admittendam [3]), nec omnino, nisi aut in testamentis [4]), aut in judiciis [5]), ita fieri posse ab eo, qui verbis voluntatem suam significavit, ut nemo alius in ea re concurrat [6]). II) In negotiorum ambiguitatibus interpretandis maxime cujusque negotii naturam esse spectandam (§. 115. not. 5.), tum ea non negligenda, quae a legibus hanc in rem peculiariter statuta sint, qualia sunt haec: 1) cum quis in actionibus intentione vel oratione ambigua utitur, id, quod ei utilius est, accipi debet [7]). Idque multo etiam magis 2) de iis caussis dicendum est, quarum singularis est in jure favor, ut libertatis, matrimonii, dotis, alimentorum, testamentorum, scilicet ut in ambiguis pro eis respondendum sit [8]), nisi quatenus alia interpretandi praecepta contraria sunt, eaque talia, quae omnino praevalent [9]). 3) Conventiones ita plerumque interpretandae sunt, ut quam minima sit promissoris obligatio; nam „quidquid adstringendae obligationis est, id, nisi verbis exprimatur, omissum intelligendum est" [10]). Quodsi vicissim sunt obligatoriae conventiones, tum contra eum facienda est interpretatio, cujus erat legem contractus dicere, quippe qui clarius loqui debuisset [11]). Ex communibus vero interpretandi praeceptis horum vel maxime est in negotiorum interpretatione usus: 1) ut prorsus nulla sit eorum interpretatio, quae ita scripta sunt, ut intelligi plane nequeant [12]); 2) ut a proprio ac recepto verborum sensu non facile recedendum sit [13]); 3) ut voluntatis conjecturae capiantur et a persona, et a loco, et a temporibus, et ab eo, quod plerumque fieri solet, et ab antecedentibus atque consequentibus, et a similibus, et

ab

ab ipſa cauſa, de qua quaeritur [14]); 4) ut accommodate ad juris ſcripti rationem fiat interpretatio [15]); 5) ut, licet generalia verba generaliter intelligenda ſint [16]), tamen ſemper ſpecies deroget generi [17]); 6) ut ea accipiatur ſententia, qua res, de qua agitur, valeat magis, quam pereat [18]), denique 7) ut in dubiis benigniora praeferamus [19]), tum etiam, quod minimum eſt, ſequamur [20]). Quae quidem poſteriores regulae, quatenus negotiis interpretandis aut immutatae, aut propius definitae ſunt, cum ex iis intelligi poterit, quae modo a nobis in medium prolata ſunt (II, 1 — 3), tum vero maxime ex iis fiet perſpicuum, quae, et de teſtamentorum et de conventionum interpretatione infra copioſius ediſſerentur [21]).

*) *Averanii* interpr. jur. Lib. II. c. 30. III. c. 17 — 25. IV. c. 1 — 5, 9 — 11, 13, 14, 17. V. c. 1 — 11. *C. C. Hofacker* princ. jur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 223 — 230. *C. Sal. Zachariae* liber quaeſtion. I, 5.

1) L. 96. D. *de reg. jur.* L. 21. §. 1. D. *qui teſt. fac. poſſ.* XXVIII, 1.

2) v. ſupr. §. 58. — cf. *Averanius* l. l. III. c. 19. nr. 5 ſqq. IV. c. 11.

3) Nam et judices, et privati homines, ſententias negotiaque ab ipſis profecta interpretaturi, ultra quam veritas reique natura patitur, progredi non debent (vid. *Danz* ordentl. Prozeſs §. 451 et arg. L. 7. §. 2. D. *de ſupell. leg.* — ſupr. §. 60. not. 6.); quibus quidem legibus minime adſtricta eſt legumlatorum interpretatio authentica (v. ſcriptt. §. 51. not. 2. et §. 54. not. 2. in f. citt.).

4) L. 21. §. 1. D. *qui teſt. fac. poſſ.*

5) L. 83. §. 1. D. *de V. O.* („Si Stichum ſtipulatus de alio ſentiam, tu de alio, nihil actum erit; quod et in judiciis Ariſto exiſtimavit: ſed hic magis eſt, ut is petitus videatur, de quo actor ſenſit: nam ſtipulatio ex utriusque conſenſu valet, judicium autem etiam in invitum redditur, et ideo actori potius credendum eſt; alioquin ſemper negabit reus ſe conſenſiſſe"). — vid. *Averanius* l. l. II. 30. nr. 4 ſqq.

6) L. 12. D. *de transact.* II, 15. („Non eſt ferendus, qui generaliter de his, quae teſtamento ei relicta ſunt, transegerat, ſi poſtea cauſetur, de eo ſolo cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, ac non etiam, quod poſteriore legatum ſit"). L. 83. §. 1. L. 99. pr. in f. D. *de V. O.* — cf. L. 52. pr. *ebd.* et L. 9. D. *de ſtipul. praetor.* XLVI, 5. („In praetoriis ſtipulationibus, ſi ambiguus ſermo acciderit, Praetoris erit interpretatio: ejus enim mens aeſtimanda eſt").

7) L. 66. D. *de jud.* V, 1.

8) L. 24. D. *de manumiss.* XL, 1. L. 18. D. *de manumiss. test.* XL, 4. L. 58. pr. D. *de re jud.* XLII, 1. L. 20. et 179. D. *de reg. jur.* — L. 70. D. *de jure dot.* XXIII, 3. L. 85. pr. D. *de reg. jur.* — L. 5. D. *test. quemadm. aperiantur* XXIX, 3. L. 24. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. L. 12. D. *de reg. jur.* — c. 26. *de sent. et re jud.* II, 27. („Duobus judicibus diversas sententias proferentibus, tenet pro reo, non pro actore sententia: *nisi in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote, seu testamento pro ipso fuerit promulgata*").

9) v. c. L. 2. D. *de lib. et posth.* XXVIII, 2. — L. 67. §. 8. D. *de leg.* 2. — L. 17. D. *de reg. jur.*

10) L. 99. pr. D. *de V. O.* — L. 58. §. 18. *eod.* L. 26. D. *de reb. dub.*

11) L. 39. D. *de pact.* L. 21. 33. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. L. 172. pr. D. *de reg. jur.*

12) L. 73. §. 3. D. *de reg. jur.* — *Averanius* Lib. IV. c. 13. 14.

13) L. 25. §. 1. L. 69. pr. *de leg.* 3. — *Averanius* Lib. III. c. 17. nr. 6 sqq. c. 18. nr. 4 sqq. c. 19. nr. 1 sqq.

14) vid. §. 62. not. 2 — 7. §. 63. not. 3. — cf. *Averanius* IV. c. 9. 10. (ad L. 114. D. *de reg. jur.* „In obscuris inspici solere, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet"). — Lib. V. c. 2. 3. 5 — 9.

15) L. 16. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1.

16) L. 79. pr. D. *de leg.* 3. — L. 127. D. *de V. S.* — L. 23. D. *de serv. pr. urb.* VIII, 2. *Averanius* Lib. III. c. 20. 21. 25. L. 127. *de V. S.*

17) L. 80. D. *de reg. jur.* L. 126. D. *de V. S.* L. 18. §. 11. D. *de instructo vel instrum. leg.* XXXIII, 7. *Averanius* Lib. III. c. 22. — cf. L. 9. pr. D. *de supell. leg.* XXXIII, 10. — *Averanius* L. III. c. 23. 24.

18) L. 12. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. — *Averanius* Lib. V. c. 1. 11.

19) L. 56. D. *de reg. jur.*

20) L. 9. L. 34. D. *de reg. jur.* („Semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur, quod actum est, aut si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id, quod minimum est redigenda summa est"). *Averanius* Lib. IV. c. 17.

21) Vol. III. §. 474 et 614. cf. etiam *Averanius* Lib. IV. c. 1 — 5. Lib. V. c. 1.

CAPUT III.

DE JURIUM ET EXERCENDORUM, ET ACQUIRENDORUM, ET AMITTENDORUM, ET CONSERVANDORUM RATIONE.

§. 126.

I. *Juris exercitium. — Principia quaedam generaliora.*

Eſt plerumque libera cujusque ſtatuendi poteſtas, utrum jure ſuo uti velit, nec ne. Quoniam tamen ſaepius jura, et aliorum uſurpationibus, et ſolo non uſu amittuntur, ideo factum eſt, ut JCti recentiores ea quidem jura, quibus aut utendi aut non utendi pleniſſimum eſt hominum arbitrium, rerum merae facultatis nomine inſignirent [1]). Ratio autem, quomodo quis rebus ſuis juſto modo utatur, his fere legibus continetur: 1) Nemini aut contra juris publici rationem, aut cum aliorum injuria jure ſuo uti permittitur [2]). Neque vero 2) eo quis a juris ſui exercitio prohiberi poteſt, quod alii damnum aliquod inde inferatur; nam qui jure ſuo utitur, nemini facit injuriam [3]), ſic tamen, ut nullo modo indulgendum ſit malitiis [4]). 3) Non debet etiam, cui plus licet, quod minus eſt, non licere [5]). Praeterea 4) exiſtimandum, ei, ad quem jus aliquod pertinet, adminicula quoque eſſe conceſſa, quae hujusce rei uſui inſerviant [6]). Jam vero 5) qui ideo jus aliquod ſibi tribui velit, quod eo ſit uſus, is, niſi tamquam ſuo jure id fecerit, fruſtra aget [7]). — Caeterum jus noſtrum aut per nosmet ipſos exercemus, aut per alios [8]); de quo quidem mox pluribus dicetur.

1) Eſt tamen non una, de rerum merae facultatis et notione, et vi, doctorum hominum ſententia. — Cf *Aug. Leyſer* de rebus merae facultatis (meditationum ad Pand. ſpecimen 462.). — *Jo. Erneſt. Juſt. Müller* obſervationes practicae ad *Leyſeri* meditt. ad Pand. T. V. obſ. 740 — 747. — *Glück* Pand. nach *Hellfeld* T. I. §. 115. — *Thibaut* üb. Beſitz und Verj. P. II. §. 22. not. 1.

2) L. 7. C. *de relig. et ſumt. fun.* III, 44. T. C. *de aedificiis privat.* VIII, 10. — L. 1. §. 11. D. *de aq. pluv. arc. act.* XXXIX, 3. („Prodeſſe enim ſibi unusquisque, *dum aliis non nocet*, non prohibetur"). L. 13. §. 7. D. *de injur.* XLVII, 10.

3) L. 26. D. *de damno inf.* XXXIX, 2. L. 9. D. *de serv. pr. urb.* VIII, 2. L. 1. §. 12. *de aq. pl. arc. act.* (not. sqq.). L. 55. L. 151. D. *de reg. jur.* („Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet"). L. 155. §. 1. *eod.*

4) „Si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus esset possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas. Neque malitiis indulgendum est, si tectorium, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias." L. 38. D. *de rei vind.* VI, 1. — L. 1. §. 12. D. *de aq. pluv. arc. act.* („Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi — —, *si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit*"). L. 2. §. 5. *eod.* („Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, *qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est*"). vid. *Weber* v. d. nat. Verb. §. 101.

5) L. 21. 26. 163. 165. D. *de reg. jur.* — Pr. J. *de servit.*

6) L. 2. D. *de jurisd.* — L. 56. 62. D. *de procurat.* III, 3. L. 10. D. *de servit.* VIII, 1. L. 20. §. 1. D. *de serv. pr. urb.* VIII, 2. L. 3. §. 3. D. *de serv. pr. rust.* VIII, 3.

7) L. 25. D. *quemadm. serv. amitt.* VIII, 6. L. 7. D. *de itinere actuque priv.* XLIII, 19. — Cf. *de Savigny* d. Recht des Besitzes §. 46. p. 455 sqq. (ed. 4.).

8) c. 68. *de reg. jur.* in 6to. V, 13; „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum."

§. 127.

De jurium per alios exercendorum ratione generatim disseritur.

Cum antiquissimis quidem temporibus, quaecunque gererentur, ea plerumque per se quemque atque praesentem oporteret agere, nisi quod per subjectas ipsius potestati personas et jura acquirere et obligationes contrahere paterfamilias posset, paulatim tamen ex nimio veteris juris rigore multa sunt relaxata, ut jam cuique esset liberum, negotia sua privata, praeter ea, quae ad juris antiqui solemnitates peragenda essent [1], extraneis quoque personis committere curanda. Neque vero umquam veteris juris ratio prorsus evanuit, quippe quae usque eo servata est, ut ad ipsum administratorem omnis fere negotii vis spectare videretur, nec aliter, nisi per ambages atque deverticula, ad eum, cujus res ageretur, et commodum et incommodum rei gestae

transferri posset [2]). Gerere autem negotium alienum is tantum videtur, qui in ipso negotio contrahendo domini vice fungitur, omnino non interveniente eo, ad quem ea res pertinet. Quare facile negotiorum gestores discernuntur ab his, qui non nisi ministerium suum gerentibus accommodant, ut internuntii [3]), ut proxenetae [4]), ut arbitri, qui eum in finem dantur eligunturve, ut, tamquam alienae voluntatis interpretes, rem, de qua agitur, arbitrio suo aut constituant, aut justo aestiment pretio [5]). Contraria fere ratione a meris administratoribus differunt in rem suam procuratores, i. e. qui alieno quidem nomine, suo tamen periculo aut agunt, aut conveniuntur [6]). Caeterum constituuntur administratores vel legum decreto, vel magistratuum officio, vel privatorum voluntate, inter eosque hoc potissimum intercedit discrimen, quod non potest esse libera de rebus suis statuendi facultas penes eum, cujus rem familiarem aut lex aut magistratus aliorum curae demandavit [7]).

1) L. 90. pr. D. *de a. v. o. h,* XXIX, 2. L. 15. §. 10. D. *de acceptil.* XLVI, 4. L. 17. §. 1. D. *de appell.* XLIX, 1. L. 123. D. *de reg. jur.* L. 5. C. *de vind. lib. et ap. Concil. manum.* VII, 1.

2) v. infra not. 6. et §. 152. — cf. §. 155. in f.

3) L. 2. pr. D. *de pact.* L. 14. in f. L. 15. D. *de pec. const.* XIII, 5. („constituere autem possumus — — et per nuntium — —. Et non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur"). L. 1. §. 1. D. *mandati* XVII, 1. („per nuncium quoque, vel per epistolam mandatum suscipi potest"). Cf. *Auctoris* Cession d. Forderungsr. §. 11. Nr. II. p. 95 sq. (ed. 2.).

4) L. 2. D. *de proxenetis* L. 14. „Si proxeneta intervenerit faciendi nominis, ut multi solent, videamus, an possit quasi mandator teneri? et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi laudet nomen").

5) L. 76. D. *pro socio* XVII, 2. L. 55. in f. D. *mandati* XVII, 1. L. 1. D. *de leg.* II. L. 12. D. *de leg.* III. — Distinguunt nonnulli inter merum arbitrium et arbitrium boni viri, maxime ob L. 76. D. *pro soc.* vid. *Cujacius* in comment. ad L. 45. D. *de V. O.* XLV, 1. et *G. Noodt* ad Tit. Dig. *de contr. emt.* (opp. T. II. p. 506. 507.) At merum hoc arbitrium, ut perperam dicitur (vid. enim L. 5. C. *de recept. arbitr.* II, 56.), non nisi ad arbitrorum compromissariorum sententias referri posse vi-

detur. — Caeterum nec utique extranea persona esse debet, in cujus arbitrium res conferatur. v. e. L. 75. pr. *de leg.* 1.

6) L. 2. in f. D. *fam. ercisc.* X. 2. L. 8. in f. D. *mandati* XVII, 1. — L. 42. §. 2 sqq. D. *de proc.* III, 3. L. 66. §. 2. D. *de evict.* XXI, 2.

7) L. 8. §. 5. C. *de bon. quae lib.* VI, 61. L. 27. D. *de administr. tut.* XXVI, 7. L. 3. C. *de in int. rest. min.* II, 22.

§. 128.

De eorum, quae per administratores gesta sunt, vi, et de horum ipsorum officio.

Qui res alienas administrat, nisi intra eos sese continet terminos, quibus ipse aut lege aut mandato circumscribitur, nullum adferet praejudicium negotiorum domino [1]): itaque quo liberius est mandatum, eo magis periculosum est ei, ad quem ea res pertinet [2]). Diligenter etiam, ut recte perficiantur atque transigantur negotia suscepta, curet administrator, qui ad rationes quoque reddendas tenetur, nec non ad restituenda ea, quae ex negotio ad ipsum pervenerunt [3]). Contra vero is, cujus res agitur, cum administratori, quidquid eo nomine illi abest absuturumve est, reddat resarciatve [4]), tum etiam, quae administrator gessit, officii sui fines haud egressus, tamquam a se ipso gesta essent, habeat rata [5]). Quid? quod etiam culpam eorum, quorum opera usus est, praestare debet dominus, nisi in illis eligendis prorsus omni culpa ipsum vacare, probare velit [6]). Item procuratoris dolus, ut nec proderit domino [7]), ita etiam nocebit, quatenus quidem in ipso negotio admissus est [8]), sic tamen, ut suorum quisque delictorum poenas ipse solvat [9]).

1) L. 49. D. *de proc.* III, 3. L. 5. §. 3. D. *mandati* XVII, 1. L. 65. pr. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. L. 1. §. 2. 3. D. *de exc. rei vend. et trad.* XXI, 3. L. 10. 16. 19. C. *de proc.* II, 13.

2) L. 14. 15. D. *de pact.* II, 14. L. 58. 59. D. *de proc.* L. 17. §. 2. 3. D. *de jurejur.* XII, 2.

3) L. 46. §. 4. D. *de proc.* L. 2. D. *de negot. gest.* III, 5. L. 8. §. 10. L. 20. pr. *mandati.* L. 1. §. 3. D. *de tut. et rat. distr.* XXVII, 3.

4) L. 2. D. *de negot. gest.* L. 12. §. 9. D. *mandati.* L. 61. §. 5. D. *de furtis* XLVII. 2.

5) L. 45. §. 2 sqq. D. *mandati.* L. 1. §. 2. in f. D. *de exc. rei vend. et trad.*

6) L. 21. §. 3. D. *de negot. gest.* III, 5. L. 25. §. 7. D. *loc. cond.* XIX, 2. L. 20. §. 2. D. *de praescr. verb.* XIX, 5. („Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait: et puto, praescriptis verbis actionem in hoc competere." — L. 11. pr. D. *loc. cond.* („Mihi ita placet, ut culpam etiam eorum, quos induxit, praestet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admisit —").

7) L. 4. et 16. D. *de vi et vi arm.* XLIII, 16.

8) L. 4. §. 17. in f. D. *de doli mali et met. exc.* XLIV, 4.

9) L. 46. §. 5. in f. D. *de proc.*

§. 129.

Singulatim de administratorum ad rationes reddendas obligatione *).

In rationum reddendarum officio haec potissimum insunt: ut accepta expensaque in rationum codices singulatim referantur, tum ut exhibeantur cautiones instrumentaque, quae fidem scriptis faciant, reliqua vero restituantur [1]). Licet autem rationum exigendarum jus remissum sit, tamen nec doli praestatio, nec reliquorum restitutio remissa esse videtur [2]). Subscriptae rationes atque expunctae non fere retractantur [3]); at vero perpetua est rationum retractandarum actio ob calculi errorem [4]), nisi post rem aut judicatam [5]), aut transactione finitam [6]).

*) *A. Leyser* D. de redditione rationum (meditationum ad Pand. specimen 677.)

1) L. 82. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1. („— nam non utique, si — in folle reliqua obtulerit, liber erit: non enim testator hoc sensit, sed illud, ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet, i. e. legendas offerre rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe, an improbe referantur, accepta recte relata, an non recte. — — Itaque cum servo sub hac conditione testamento libertas datur: si rationes reddiderit, non hanc solum habet significationem, si cautiones instrumentaque omnia actus sui exhibuerit heredi, sed et si reliqua solverit." L. 111. *eod.* L. 89. §. 2. D. *de V. S.* („Inter edere et reddi rationes multum interest: nec is, qui edere jussus sit reliquum reddere debet"). — An is quoque, qui nullo jure cogente pro administratore rationum reddendarum officium suscepit, ad reliqua restituenda teneatur, anquirit *Leyserus* l. l. m. 2.

2) L. 72. §. 5. D. *de cond et demonstr.* („Quid ergo, si ita scriptum sit: peto post mortem tuam restituas hereditatem, ita ne satis fideicommissi petatur, neve ratio exigatur? sine dubio per hujusmodi verba non interponendae quidem cautionis conditio videbitur adscripta, rationi vero non exigendae modus adhibitus, *scilicet ut culpa, non etiam dolus remissus intelligatur.*" L. 9. D. *de liberat. leg.* XXXIV, 3. („Si quis rationes exigere vetetur, — non impeditur reliquas exigere, quas quis se reliquavit (vid. not. 57. 58. in ed. Geb. Sp. ad h. L.), et si quid dolo fecit, qui rationes gessit. Quod si quis et haec velit remittere, ita debet legare: damnas esto heres meus, quidquid ab eo exegerit illa vel illa actione, id ei restituere, vel actionem ei remittere"). L. 20. §. 1. L. 28. §. 4. L. 31. §. 1. *eod.* — Neque contraria est L. 31. §. 2. *eod.* „Titia, quae duos tutores habuerat, ita cavit: rationem tutelae meae, *quam egit* Publius Mevius cum Lucio Titio, *reposci* ab eo nolo. Quaeritur, an si qua pecunia apud eum ex tutela remansit, peti ab eo possit? Respondit, nihil proponi, cur non pecunia, quae pupillae esset, et apud tutorem remaneret, legata videretur." Cf. *Jo. Conr. Rücker* interpretation, Lib. II. (Lugd. Bat. 1752, 8.)

3) L. 13. §. 1. D. *de divers. temp. praescr.* XLIV, 3. „Reipublicae rationes subscriptae et expunctae adversus eum quidem, qui administravit, ultra viginti, adversus heredem autem ultra decem annos retractari non possunt."

4) L. 8. pr. D. *de adm. rer. ad civit. pertin.* L. 8. „Calculi erroris retractatio etiam post decennii aut vicennii tempora admittetur."

5) L. un. C. *de errore calculi* II, 5. („Errorem calculi veritati non afferre praejudicium, saepe constitutum est; unde rationes, etiam saepe computatas denuo tractari posse, si res judicatae non sunt, vel transactio non intervenit, explorati juris est. Sed etsi per errorem calculi velut debitam quantitatem, cum esset indebita, promisisti, condictio liberationis tibi competit"). L. 2. C. *de re jud.* VII, 52. — Quodsi vero calculi error in ipsa sententia admissus esse dicetur, necesse non erit appellare „velut si judex ita pronuntiaverit: cum constet, Titium Sejo ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie viginti quinque debere, idcirco Lucium Titium Sejo centum condemno; nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, et citra provocationem corrigitur." L. 1. §. 1. D. *quae sentent. sine appell. rescind.* XLIX, 8. — Cf. et L. 2. C. *de jud.* III, 1. „— si de specie, de qua agis, in judicio priore tractatum non esse allegas, non inutiliter replicatione doli mali uteris."

6) L. un. C. *de err. calc.* (not. 5.) et L. 8. §. 1. D. *de adm. rer. ad civit. pertin.* „Sed si gratiose expunctae dicentur, non retractabuntur." — Cf. *Gönner* Handb. des gem. d. Processes (ed. II.) IV. Bd. Abh. LXXV.

§. 130.

II. *De juribus acquirendis. Adquisitionum genera summa.*

Jura aut innata sunt hominibus, aut adquiruntur, idque vel actu quodam, eo animo, ut jura constituantur, suscepto, vel alio modo, velut alterius facto illicito, aut lege. Actu, vel nostro, vel alieno, aut simpliciter adquirimus, velut occupando res quae sunt nullius, aut juris ab altero ad nos translatione facta; quamobrem adquisitiones originarias a derivativis, ut vocant, discernere solent recentiores. Quotiescunque igitur jus aliquod adquirimus, quod jam penes alium fuit, in hujus locum dicimur succedere. Est autem duplex successionis genus, et per universitatem, et in singulas res [1]). In utroque autem successionis genere jus delatum et adquisitum discerni potest, ad quam potissimum distinctionem nuper admodum JCti, tantum non omnes, et tituli [2]) et modi adquirendi notiones referre soliti sunt [3]).

1) L. 1. §. 15. D. *quod legator.* XLIII, 3. L. 3. §. 2. D. *de itinere actuq. priv.* XLIII, 19.

2) cf. L. 35. C. *de don.* VIII, 54. L. 8. pr. C. *de bon. quae liber.* VI, 61. — — „titulo donationis, vel contractus alterius." —

3) *Hugo* civilist. Magazin I. Bd. Nr. XI. (p. 83 sqq. ed. 2.) et Bd. IV. Nr. VI. (vollständige Darstellung der Lehre von justus titulus und dem s. g. modus adquirendi). — *Thibaut* Versuche I. Bd. Nr. XI.

§. 131.

Jurium acquirendorum et ratio et vis generatim exponitur.

Praeter ea, quae de jurium constituendorum ratione, deque iis, quae hanc in rem vel maxime necessaria sunt, et supra monuimus (§. 74. in f. et §. 103.), et infra, de jurium translatione disputaturi, dicemus (§. 135.), hunc quidem in locum haec etiam praecepta convenire videntur: 1) Acquiri nobis non possunt, quae quidem habere nihil ad rem nostram interest, licet retinere etiam ea possimus, quae nobis utilia non sunt [1]). 2) Natura aequum est, neminem cum alterius detri-

mento et injuria fieri locupletiorem [2]). 3) Multo vero minus quis ex dolo suo delictove jus aliquod quaerere potest [3]). Denique 4) cum quis in alterius jus successit, nec plus nec minus consequetur juris, quam penes eum fuit, in cujus locum successit [4]).

1) vid. L. 61. D. *de pact.* II, 14. L. 8. pr. L. 15. pr. *de servit.* VIII, 1. (cf. L. ult. C. *de pact. int. emt. et vendit.* IV, 54.). — L. 19. D. *de servit.* cf. *Thibaut* civilist. Abhandl. Nr. III. p. 46.

2) L. 14. D. *de cond. indebiti.* XII, 6. L. 206. D. *de reg. jur.* — L. 6. §. 6. L. 57. pr. D. *de negot. gest.* III, 5. L. 15. §. 1. D. *de cond. ind.* L. 4. §. 25. D. *de doli mali et met. exc.* XLIV, 4.

3) L. 134. §. 1. D. *de reg. jur.* L. 31. D. *de recept.* IV, 8. L. 69. 70. D. *de rei vind.* VI, 1. L. 10. §. 1. D. *soluto matrim.* XXIV, 3. L. 14. §. 3. D. *de furt.* XLVII, 2.

4) L. 177. pr. D. *de reg. jur.* („Qui in jus, dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet"). L. 175. §. 1. *eod.* („Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit"). L. 143. et L. 156. §. 1. *eod.* L. 2. pr. L. 6. D. *de her. vel. act. vend.* XVIII, 4. — Cf. L. 7. §. 12. D. *de Publ. in rem act.* VI, 2. L. 4. §. 27 sqq. D. *de d. m. et m. exc.* XLIV, 4. (vid et supr. §. 81. not. 7.)

§. 132.

Quomodo per alias personas jura nobis acquirantur? *)

Per eas personas, quas in potestate habemus, recta via acquirimus jura omnia, quae quidem ad rem familiarem spectant, atque eo modo iisque formis acquiruntur, quae in alieni juris personas cadere possunt [1]). Similiter ea, quae naturaliter adquiruntur, per liberas quoque personas quaerere nobis licet, velut possessionem, et per hanc etiam dominium, non item ea, quae civiliter [2]). Atque ex his quaedam sunt, quae plane non admittunt procuratorem (§. 127. not. 1.), quaedam, quae admittunt quidem, sic tamen, ut plerumque domino directe nihil adquiratur. Quotiescunque enim obligationes contrahuntur negotiis, quemadmodum omnino non valent, nisi ipsius negotiorum gestoris nomine contractae sunt [3]), sic etiam obligatio actioque inde oriunda recta quidem plerumque quaeri-

ır administratori, neque aliter nisi vel mandatis vel tilibus actionibus agere aut conveniri poterit is, ad uem ea res pertinet [4]). Contra vero, quae non prorie negotiis constituuntur obligationes [5]), itemque eae, uae ex sola rei alicujus aut traditione aut solutione na:untur [6]), jam recta via domini fient [7]). Omnino au:m, cum jurium constituendorum gratia ab administraoribus negotia ineuntur, tota adquisitionis et causa et is ex gerentis persona debet fere aestimari [8]), ita quiem, ut et ipsius domini persona tum consideranda sit, um aut jus hoc modo quaesitum ipse persequi velit [9]), ut ex eo genere sit jus, in quo, ut omnino procedat, omini et scientia et voluntas potissimum spectanda t [10]). Quamquam vero de eo, quid de harum rerum n foris nostris usu statuendum sit, valde ambigitur, aeo tamen propius accedere ad veritatem videntur:) ut obligationes etiam alieno nomine recte contraıantur [11]), 2) ut ad instituendas actiones ab adminitratore quaesitas jam omnino non egeat dominus manlatis actionibus. Caeterum 3) quemadmodum etiamıum agere non potest dominus, nisi tam ex sua ipsius, uam ex administratoris persona actio teneat, ita, ut pse conveniatur, aut obligatio adsit ad indemnem praetandum administratorem, aut ex eo negotio ad eum aliquid pervenerit necesse est [12]).

*) *Gaji* inst. II. §. 86 — 96. III. §. 163 — 167. — *Ulpiani* Fr. XIX. §. 18 sqq. — T. Inst. II, 9. per quas personas vobis (s. nobis, s. cuique) adquiritur. T. Inst. III, 28. (29.) per quas personas obligatio acquiritur. — T. Cod. IV, 27. per quas personas nobis acquiratur.

1) Cf. *Gaji* inst. II. §. 96. „In summa sciendum est, his, qui in potestate, manu mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse; cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil omnino in jure vindicare possint." L. 1. C. *si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio.* VIII, 5.

2) L. 53. D. *de a. v. d.* XLI, 1. L. 20. in f. *eod.* §. 5. J. *per quas pers. vob. acq.* L. 1. C. *h. t.* („Excepta possessionis causa, per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati juris est. Si igitur procurator non sibi, sed ei, cujus negotia administrabat, *redintegratae rei vindicationem* pactus est, idque pactum etiam stipulatio in-

secuta est, nulla domino obligatio acquisita est"). Cf. *Auctoris* Cession d. Forderungsr. §. 5. p. 54. not. 55. (ed. 2.)

3) L. 73. §. 4. D. *de reg. jur.* — L. 11. D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 6. C. *si quis alteri vel sibi sub alterius nomine — emerit.* IV, 50.

4) L. 27. in f. L. 28. D. *de proc.* III, 3. L. 11. §. 6. D. *de pignerat. act.* XIII, 7. L. 8. §. ult. L. 10. §. 6. D. *mandati* XVII, 1. L. 49. §. 2. D. *de a. v. o. p.* XLI, 2. L. 5. D. *de stipul. praetor.* XLVI, 5. — cf. L. 2. C. *h. t.*

5) L. 72. D. *de proc.* L. 24. §. 2. D. *de usur.* XXII, 1. — L. 11. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.* XLII, 5. L. 3. pr. D. *quod vi aut clam* XLIII, 24.

6) L. 2. §. 4. L. 9. §. 8. D. *de reb. cred.* XII, 1. L. 40. D. *de solut.* XLVI, 3.

7) *Auctoris* Cession etc. §. 11. p. 89 sqq. (ed. 2.)

8) L. 2. §. 11. D. *pro emt.* XLI, 4. L. 24. D. *de a. v. a. p.* XLI, 2. — L. 7. §. 13. D. *de Publ. in rem act.* VI, 2. L. 5. pr. D. *de tribut. act.* XIV, 4. L. 12. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. L. 51. D. *de aedil. ed.* XXI, 1. L. 16. §. 3. 4. L. 22. §. 5. D. *de lib. causa* XL, 12. — L. 4. §. 17. D. *de d. m. et m. exc.* XLIV, 4. — *Auctoris* Cession §. 15.

9) L. 4. §. 17. 18. D. *de d. m. et. m. exc.* — L. 51. in f. D. *de aedil. ed* XXI, 1. — L. 16. in f. D. *de lib. causa.* *Auctoris* Cession §. 8. p. 65 et §. 12. p. 104.

10) L. 2. §. 12. D. *pro emt.* L. 1. C. *de acq. et ret. poss.* VII, 32. — L. 43. §. 1. D. *de usurp.* XLI, 3. — L. 2. §. 13. *pro emt.*

11) *L. A. Hamberger* de non usu stipulation. usuq. pactor. in for. Germ. (in opusc. ab *Estore* edd. nr. III.) c. III. §. 7. sqq.

12) cf. *Weber* v. d. nat. Verb. §. 89. a.

§. 133.

III. *De juribus amittendis. Amissionis causae.*

Jurium amittendorum causae aut necessariae sunt, aut voluntariae. In illarum numero inprimis est: causae, e qua potissimum jus aliquod pendet, exstinctio [1]; quo etiam pertinet rei, ad quam jus aliquod spectat, interitus [2]), tum diei vel conditionis negotiis adjectae eventus, quo quidem apparente, jura quoque, ante diem vel conditionem existentem in ea re constituta, simul extinguuntur [3]). Praeterea jura tolluntur et praescriptione (§. 137.), et confusione [4]), et duarum causarum lucrativarum concursu [5]), et revocatione juris precario concessi [6]), denique juris privatione ea, quae fit aut propter delictum, velut bonorum publicatione,

ut propter ingratitudinem, aut propter rei abusum, e quibus quidem singulis in locis quaerere magis conenit. Praeter hasce igitur causas jura nobis invitis eri i nequeunt [7]). Causas vero, quibus jure nostro sponte os abdicamus, generali *renunciationis* nomine licet apellare; cujus est praecipua species alienatio, quam quiem interpretamur omnem actum, quo jus aliquod, quod ım nostrum est [8]), sponte dimittimus [9]). Alienationis pecies est rei jurisque in alium translatio, ad quam uidem prae ceteris referunt Romani alienandi vocabuım [10]). Caeteroquin hae, quas diximus, causae aut pso jure, i. e. sua vi ac potestate perimunt jura, aut on nisi alio quodam adhibito actu, velut judicis imloratione [11]).

1) L. 136. §. 1. D. *de V. O.* XLV, 1. — cf. supra §. 125.

2) L. 5. §. 2. D. *quib. mod. ususfr. et usus amitt.* VII, 4. L. 8. pr. D. *quib. mod. pign. solv.* XX, 6. §. 16. J. *de legat.* L. 92. pr. D. *de solut.* XLVI, 3.

3) L. 11. §. 1. D. *quemadm. serv. amitt.* VIII, 6. L. 4. §. 5. D. *de in diem add.* XVIII, 2. L. 3. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* L. 5. §. 3. C. *comm. de leg.* VI, 43.

4) L. 18. D. *de serv.* VIII, 1. L. 30. pr. D. *de S. P. U.* VIII, 2. L. 2. §. 18. D. *de h. v. a. v.* XVIII, 4. L. 6. D. *de manumiss. test.* XL, 4. L. 71. D. *de fidejussor.* XLVI, 1. L. 75. L. 95. §. 2. D. *de solut.* XLVI, 3.

5) L. 17. D. *de O. et A.* XLIV, 7. §. 6. J. *de leg.*

6) *Nic. Chr. Lynker* Tr. de beneplacito (rec.) Witteb. 1745. 4. — cf. §. 86. supr. nr. III.

7) L. 10. pr. D. *de fideic. lib.* XL, 5.

8) Caeterum vide L. 8. §. 2. D. *de alienat. jud. mut. causa facta.* IV, 7.

9) L. 28. pr. D. *de V. S.* („Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicimus, qui non utendo amisit servitutes. *Qui occasione adquirendi non utitur, non intelligitur alienare:* velut, qui hereditatem omittit, qui optionem, intra certum tempus datam non amplectitur"). L. 9. §. 1. D. *de auct. tut.* XXVI, 8. („Ex hoc autem, quod pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest, apparet, nec manumittere eum sine tutoris auctoritate posse"). L. ult. C. *de reb. alien. non alienand.* IV, 51.

10) L. 1. §. 25. D. *si quid in fraudem patr.* XXXVIII, 5.

11) §. 1. J. *de except.* — L. 13. §. 2. C. *de jud.* III, 1.

§. 134.

Renuntiationum praecepta communia *).

Jus renuptiationum his maxime legibus continetur: I) Possumus plerumque jure nostro nos abdicare[1]) eatenus quidem, quatenus id aut juris publici ratio patitur, aut per aliorum jus licet[2]). II) Quemadmodum in re dubia credendum est, omnino non esse factam renuntiationem[3]); sic etiam strictior renuntiationis interpretatio praeferenda erit latiori[4]), ex quo etiam conficitur, ut non nisi ad praesentia jura trahenda sit renuntiatio[5]). Quid? quod generalem abdicationem utique esse insuper habendam plerique autumant[6]). III) Neque vero ad renuntiata datur regressus, invito scilicet eo, cui facta est renuntiatio[7]).

*) *C. Ziegler* D. de renuntiationibus. Vit. 1667. 4.

1) L. 29. C. *de pact.* II, 3. — L. 21. D. *de minor.* IV, 4.

2) c. 1. 4. 15. X. *de renuntiatione* I, 9. — c. 12. X. *de foro comp.* II, 2. — c. 5. 6. X. *de divort.* IV, 19. — L. 27. pr. D. *de S. P. R.* VIII, 3. — *Hommel* rhapsod. quaestion. obs. 273. — *E. F. Pfotenhauer* D. utrum et quatenus legib. praesertim prohibitivis renuntiari possit. Vit. 1792. 4.

3) c. 5. X. *de renunt.*

4) arg. L. 56. D. *de reg. jur.* L. 87. D. *de leg.* I. L. 26. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. L. 21. C. *ad Sct. Vellej.* IV. 29. L. 35. §. 1. C. *de inoff. test.* III, 28.

5) c. 2. X. *de renuntiat.* — arg. L. 5. D. *de transact.* II, 15.

6) scil. ob L. 4. §. 4. D. *si quis cautionib. in jud. sist. c. fact. non obt.* II, 11. („Quaesitum est, an possit conveniri, ne ulla exceptio in promissione deserta judicio sistendi causa facta objiciatur? et ait Atilicinus, conventionem istam non valere. Sed ego puto, conventionem istam ita valere, si specialiter causae exceptionum expressae sint, quibus a promissore sponte renuntiatum est"). v. *Schulting* enarrat part. primae Dig. II, 11. §. 7. — cf. *Sam. Stryk* in usu mod. Pand. II, 11. §. 9. — *Ejusd.* caut. contr. Sect. I. c. 5. §. 2. 3.

7) L. 11. C. *de reb. cred.* IV, 1. c. 5. X. *de renunt.*

§. 135.

Jurium ad alios translatio.

Juris translatio aut proprie est translativa, ut ajunt, aut constitutiva[1]), quae quidem efficit, ut non

idem apud alterum fit jus, quale fuit apud alienantem, sed tamquam alia juris forma appareat, velut in servitutibus, vel pignoribus constituendis. In utrumque hocce translationis genus cessionis nomen convenit, quod quidem vocabulum prae ceteris refertur cum ad ea, quae in jure quondam cedi solita sunt, tum ad actionum cessionem [2]). Jam vero non eorum modo, quibus omnino nequit renuntiari, translatio quoque ad alios prohibita est [3]), sed sunt etiam jura, quae, quamquam possint abdicari, tamen non liceat aliis cedere, velut ususfructus [4]), privilegia personae (§. 81. in f.), jura gentilitia atque nobilitatis, et quae eorum sunt similia [5]). Nec actiones olim ad alios transferri poterant; usu itaque obtinuit, ut aut delegando, aut procuratorem in rem suam constituendo, velut fieret alienatio [6]).

1) vid. *C. A. Günther* princ. jur. Rom. priv. T. I. §. 284. nr. II.
2) *Brisson.* v. *cedere* §. 5.
3) cf. *J. F. Eisenhart* Erzähl. besonderer Rechtshändel Bd. III. Nr. XI.
4) *Gaji* inst. II. §. 30. — cf. L. 12. §. 2. D. *de usufr.* VII, 1. L. 5. D. *si ususfr. pet.* VII, 6.
5) cf. *Auctoris* Cession etc. p. 521 sqq. (ed. 2.).
6) L. 11. pr. D. *de novat.* 46, 2. L. 3. C. *de novat. et deleg.* VIII, 42. (cf. §. 127. not. 7.).

§. 136.

Quaenam sit jurium exstinctionis vis.

Exstincto aliquo jure, ea quoque perimuntur, quae ex illo apta pendebant [1]), nec plerumque reviviscit jus amissum, nisi omnia redintegrantur, quae ei constituendo necessaria sunt [2]). Fit tamen interdum ex aequitate, ut etiam his non observatis instaurentur jura, cum in integrum restitutione (§. 169 sqq.), tum postliminio [3]); tum etiam ob singularem favorem, quo gaudent nonnullae causae; quem quidem locum supra, de negotiorum convalescentia differentes (§. 124. Nr. 3.), tetigimus.

1) §. 135. not. 2. — *Gaji* inst. I. §. 128. §. 6. J. *de cap. dem.*

a) L. 27. §. 2. D. *de pact.* II, 14. L. 10. §. 9. D. *de in rem verso* XV, 3. L. 98. §. 8. D. *de solut.* XLVI, 3.
b) §. 5. J. *quib. mod. patr. pot. solv.* T. Dig. XLIX, 15. *de captivis, et de postliminio, et redemtis ab hostib.*

§. 137.

De temporis praescriptione, tamquam communi jurium et adquirendorum et amittendorum causa *). *Notio et species.*

Temporis praescriptionem hoc quidem loco vocamus [1]: jurium aut constitutionem aut amissionem quae fit tempore. Variae autem praescriptionis species aut a causa ducuntur, aut a tempore, aut a vi atque effectu. In priore illo genere hae insunt species: et legalis, quae quidem bono publico introducta est, scilicet ut litium aliquis finis esset, nec rerum dominium semper incertum [2]), et judicialis, ut vocatur [3]), et ea, quae privatorum arbitrio, velut testamento, aut conventione constituta est [4]). A tempore ducitur divisio hoc modo, ut definitae praescriptioni opponatur indefinita, sive praescriptio immemorialis, quam vocant (§. 139.). Gravissimum autem est divisionis genus, quod a vi atque effectu repetitur, cujus quidem species duae sunt: aut enim constituuntur jura praescriptione, aut exstinguuntur. In constitutivo praescriptionis genere inprimis est dominii juriumque in re adquisitio, quae possessione, per tempus aliquod continuata, contingit [5]); possunt tamen et alia jura tempore constitui, velut jus libertatis et civitatis [6]). Alteri vero generi hae potissimum causae tribuendae sunt, quae aut spem succedendi perimunt [7]), aut juris delati adquisitionem impediunt [8]), aut muneris suscipiendi excusationes tollunt [9]), aut actiones exstinguunt [10]). Atque plerumque adquisitiva et extinctiva praescriptio, ut vocant, ita inter se solent discerni, ut ad illam referatur dominii juriumque in re adquisitio, quae fit continuata possessione, ad hanc vero actionum exstinctio, quae non usu contingit [11]), ad quam quidem pertinent fere omnia, quae in libris nostris de temporis praescriptione leguntur.

*) Jac.

*) *Jac. Ravii* principia univ. doctrinae de praescr. adquisitiva et exstinctiva, definita et indefinita. Jen. 1766. 8. et c. not. *J. B. C. Eichmann* Hal. 1780. — *A. J. F. Thibaut* üb. Besitz u. Verjährung (Jen. 1802.) P. II. — *C. C. Dabelow* über die Verjährung. T. I et II. Hal. 1805 et 1807. 8.

1) Hanc enim appellationem antiquae Romanorum et velut legitimae loquendi formulae minime convenire, vix est, quod moneamus. vid. *Brisson.* v. *praescribere* §. 1. et 3. *H. Donelli* comment. jur. civ. Lib. V. c. 4. in f. — At cf. Tit. C. *de praescr.* 30 *v.* 40 *annor.* VII, 39. — *v. Savigny* das Recht des Besitzes p. 6. 7. (ed. 3.)

2) L. 1. D. *de usurp.* XLI, 3. L. ult. pr. D. *pro suo* XLI, 10. L. 2. pr. D. *de aq. et aq. pluv. arc. a.* XXXIX, 3.

3) L. 2. C. *sent. resc. non posse* VII, 50. L. 13. C. *de exc.* VIII, 36.

4) v. c. L. 1. pr. D. *de in diem add.* XVIII, 2. L. 31. §. 22. D. *de aedil. ed.* XXI, 1. L. 1. C. *de pact. int. emt. et vend.* IV, 54.

5) *K. A. D. Unterholzner* die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz. Bresl. 1815. 8.

6) L. 2. C. *de l. t. praescr. quae pro lib. opp.* VII, 22. — cf. et L. 17. §. 5. D. *ad municip.* L, 1.

7) L. 2. §. 1. D. *qui pet. tut. v. cur.* XXVI, 6. L. 2. §. 23 et 43. D. *ad Sct. Tertyll.* XXXVIII, 17. L. 3. C. *eod.* VI, 56. („— praescriptione — non petiti tutoris ad excludendam — successionem — praescribi").

8) §. 9. 10. J. *de bonor. poss.*

9) §. 16. J. *de excus. tut. et cur.*

10) Pr. J. *de perp. et temporal. act.*

11) De discrimine, quod inter utramque praescriptionis speciem intercedit v. L. 8. §. 1. 2. 3. *de praescr.* 30 *v.* 40 *annor.* — cf *Thibaut* l. l. §. 5. — Alias etiam distinctiones exhibent *Rave* l. l. §. 15. et §. 90. *Dabelow* l. c. Einleit. §. XI. XIX. *Unterholzner* l. l. Einleit. §. I. nr. 3.

§. 138.

Praescriptionis et adquisitivae et exstinctivae praecepta communia.

Ut omnino locum habeat praescriptio, haec in unum concurrant necesse est: 1) res, de qua quaeritur, non sit ex earum genere, quarum praescriptio aut natura, aut legibus utique prohibita est [1]); 2) tempus, quod praescriptioni statutum est, sine ulla interpellatione transactum sit [2]). Neque vero 3) prius currere incipit praescriptionis tempus, quam ea appareat rerum conditio, ut merito is, qui rei suae vel causae faciat jacturam, de alterius injuria quaeri possit; actioni

enim nondum natae non praescribitur [3]). Denique 4) ei plerumque non nocet temporis praescriptio, qui impedimento aliquo vel naturali [4]), vel civili [5]) prohibetur, quo minus jus suum persequatur. Neque tamen usquequaque verum est illud praeceptum: agere non valenti non currere praescriptionem [6]), nec bona fides in omni praescriptionis genere necessaria est ei, cui proficiat temporis praescriptio [7]).

1) §. 1. J. *de usuc. et longi temp. praescr.* („Sed aliquando, etiamsi quis bona fide rem possedit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit, velut si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam possideat"). L. 3. C. *de l. t. pr. quae pro lib.* VII, 22. („Sola temporis longinquitate, etiamsi sexaginta annorum curricula excesserit, libertatis jura minime mutilari oportere, congruit aequitati"). L. 6. in f. C. *de pr. 30 v. 40 ann.* VII, 39. C. 8. in f. X. *de consanguinitate et affinitate* IV, 14. — Dissent. quod attinet ad res, quibus ex legum decreto praescribi nequit: *J. H. Böhmer* D. de praescriptione contra leges (in exercit. ad Pand. T. V. Nr. 83.) §. 16 sqq.

2) L. 2. C. *de praesc. longi temp.* VII, 33. — cf. L. 10. *eod.* L. 26. C. *de rei vind.* III, 32. L. 2. C. *de annali exc. ital. contr.* VII, 40.

3) L. 7. §. 4. L. 8. §. 4. C. *de pr. 30 v. 40 ann.* — L. 9. §. 3. D. *de pign. act.* XIII, 7. L. 13. §. 4. D. *de pign. et hyp.* XX, 1. — cf. *Thibaut* l. l. §. 43.

4) L. 1. §. 1. D. *ex quib. caus. maj. in int. rest.* IV, 6. L. 1. §. 9. D. *de itinere actuq. priv.* XLIII, 19. c. 10. X. *de praescr.* II, 26. — *D. Mevii* decis. P. IV. dec. 149. *J. H. Böhmer* D. de eo quod justum est durante justitio (exercit. ad Pand. T. II. Nr. 25.) c. II. §. 13 sqq.

5) L. 1. §. 2. C. *de annali exc. ital. contr. toll.* (— „Sancimus filiisfamilias in omnibus his casibus, in quibus habent res minime patribus suis acquisitas, nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerint, i. e. postquam manu paterna, vel ejus, in cujus potestate erant constituti, fuerint liberati"). — L. 22. §. 11. in f. C. *de jure delib.* VI, 30. §. 29. J. *de rer. divis.* — c. 14. 15. X. *de praescr.*

6) v. *Thibaut* l. l. §. 24. in f.

7) L. 8. §. 1. in f. D. *de pr. 30 v. 40 annor.* — Dissent. post alios *Thibaut* §. 20., ob. c. ult. X. *de praescr.* („Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica, quam civilis. — Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae"). Sed vid. *J. H. Böhmer* jus eccl. protest. Lib. II. Tit. 26. §. 54. — cf. *Dabelow* l. l. II. p. 299 sqq.

§. 139.

De immemoriali praescriptione *).

Immemorialem praescriptionem interpretamur possessionis, vel jurium libertatisve quasi possessionis, auctoritatem, quae vetustate nititur, eaque tali [1]), quae hominum memoriam excedat. Cum juris Romani hac de re decreta non nisi in arctissimis unius materiae terminis regionibusque versentur [2]), nec satis certa sint atque finita, quae de hocce nostro argumento et in juris pontificii libris [3]), et in legibus imperii Romano Germanici leguntur [4]): fieri non potuit, quin gravissimis dubitationibus quaestionibusque doctrina ista de immemoriali praescriptione, ut vocant, implicaretur. Sunt tamen haec, quae a JCtis, tantum non omnibus, pro certis habentur atque exploratis: 1) Vetustas instar est juris legitime constituti [5]). 2) Vim habet haec praescriptio in omnibus omnino juribus, quae et acquiri a privatis homnibus, in eosque conferri possunt [6]), nec apertissima legum sanctione ab omni praescriptione exemtae sunt [7]). 3) Quoniam immemorialis praescriptionis auctoritas in eo omnis posita est, quod ejus rerum conditionis, qualis nunc appareat, non extet memoria (not. 6.), sequitur, ut minime necessaria sint ea, in quibus possessionis justitia continetur, ut justus titulus [8]), ut bona fides [9]); quapropter in iis quoque caussis, quae certo tempore adquiruntur, vetustatis esse potest usus. Quemadmodum autem id utique necesse est, ut eo ipso jure, de quo quaeritur, tamquam suo jure usus fuerit praescribens [10]), sic nocebit immemoriali praescriptioni, si quandoque intra hominum memoriam alium rerum statum fuisse, atque nunc est, doceatur [11]). Caeterum vetustatis probatio non solum testibus fieri potest, verum etiam aliis probandi subsidiis [12]), velut jurejurando [13]). Neque vero de testium aetate, nec omnino de temporis spatio, quo scilicet res ita constiterit, uti nunc est, certi quidquam statui potest [14]).

*) *A. Ockel* D. de praescriptione temporis immemorialis. Alt. 1683. 4.

1) Vid. enim *Brisson*. v. *vetustas* §. 2. Cf. *Dabelow* Verjähr. II. p. 48 — 66.

2) L. 28. D. *de probat.* XXII, 3. („Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria exstet, hoc ei quaerendum est: an aliquis meminerit, hoc opus factum esse. Paulus: immo cum in arbitrio quaeritur, memoria facti operis exstet, nec ne, non hoc quaeritur, num aliquis meminerit, quo die aut quo consule factum sit, sed, num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit; et hoc ita, quod Graeci dicere solent *ΕΝ ΠΛΑΤΕΙ*. Non enim potest hoc memoria non teneri: intra annum puta factum, cum interim nemo sit eorum, qui meminerit, quibus consulibus id viderit. Sed cum omnium haec est opinio, nec audisse, nec vidisse cum id opus fieret, neque ex iis audisse, qui vidissent, aut audissent, et hoc infinite similiter sursum versum accidet: tum memoria operis facti non exstaret." Quem in locum inprimis vid. *Schol.* Basilicor. T. III. p. 47. nr. 6. — *Glück* Pand. nach *Hellfeld* Bd. XXI. p. 405 — 422.). L. 2. pr. et §. 8. D. *de aq. et aq. pl. arc. act.* XXXIX, 3. L. 3. §. 4. D. *de aqua cott. et aest.* XLIII, 20. — Cf. *Unterholzner* Verjähr. §. 56.

3) c. 1. *de praescript.* in 6. II, 13. — c. 26. med. X. *de V. S.* V, 40. — vid. not. 8. 15.

4) *Aur. Bull.* c. VIII. §. 1. cf. not. 12.

5) L. 3. §. 4. D. *de aq. cott. et aest.* („Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure *constituti loco habetur*"). L. 2. pr. *de aq. et aq. pluv. arc. act.* („vetustas, *quae semper pro lege habetur*, minuendarum scilicet litium causa"). *J. H. Böhmer* J. E. P. Lib. II. T. 26. §. 39. 40.

6) Qualia sunt cum regalia, ut vocant, tum immunitates, quae fere non adquiruntur privatis hominibus, nisi per privilegium. — Dissent. *Chr. Thomasius* D. de praescriptione regalium, ad jura subditorum non pertinente (in Dissert. acad. coll. T. I. Hal. 1773. Nr. 29.). Sed vid. *J. H. Böhmer* D. de praescriptione contra leges §. 10. sqq. *Pufendorf* obss. jur. univ. obs. 151. §. 10. *Leyser* med. ad Pand. spec. 461. m. 9. 10. *Seuffert* Erört. I. p. 126 sqq. *Zimmern* et *Neustetel* Abh. nr. 6.

7) Cf. §. 138. not. 1. — Dissent. *Leyser* sp. 461. m. 1 sqq.

8) c. 1. *de praescr.* in 6.

9) *Thibaut* l. l. §. 79. — Dissent. *Leyser* sp. 460. m. 4.

10) *Pufendorf* l. l. §. 9. cf. §. 126. not. 7.

11) Rec. imp. de 1548. §. 56. 59. et de 1576. §. 105. („Wo aber innerhalb Menschen Gedenken der ausgezogen Stand dem Reich einmal, zwei oder mehr gesteuert hätte, so soll solcher Stand mitlerzeit nicht gefreiet, sondern dieselben zu reichen schuldig seyn"). Cf. *Thibaut* §. 78. 82.

12) *Hofacker* princ. jur. civ. Rom. Germ. §. 987. Nr. II. — *Thibaut.* §. 84.

13) *Pufendorf* obs. T. II. obs. 55.

14) L. 28. D. *de probat.* L. 2. §. 8. *de aq.* [illegible] C. XXXV, qu. 6. c. 5. X. *de testib.* II, [illegible]

§. 140.

IV. *De juribus conservandis. Loci constitutio.*

Juris nostri conservandi confirmandique causa varia nobis adsunt praesidia, eaque aut legibus comparata sunt, aut privatorum arbitrio nituntur. Atque ex utroque genere alia quidem non nisi adhibito magistratus judicisve auxilio admittuntur, alia autem privata auctoritate licebit usurpare. Jam vero de praesidiis istis ita a nobis dicetur, ut eorum cuique eum potissimum locum adsignemus, qui illius naturae atque indoli maxime conveniat. Igitur et de arrhis [1]), et de poena conventionali [2]), quam vocant, et de pignoribus constituendis atque fidejussoribus dandis, denique de sequestrationibus [3]), non prius ex professo differemus, quam ad partem hujus doctrinae specialiorem ventum erit. De retentionibus autem, tum etiam de missionibus in bona eo loco dicemus, qui mox sequetur, qui quidem est de juris apud judicem persequendi ratione (c. IV.) Cui adjunctum est aliud quoddam jurium conservandorum subsidium, quod vocant arrestum [4]): de quo tamen, cum nimium abhorreat ab instituti nostri ratione, in doctrina processus civilis, ut vocant, erit exponendum. Quamobrem non nisi pauca haec supersunt, de quibus, tamquam generalioribus juris conservandi auxiliis hoc quidem loco videndum erit: et protestatio atque reservatio, et cautionum interpositio, quibus etiam subjiciemus inventarii confectionem, utpote adminiculum, eidem fini, de quo nobis propositum est dicere, egregie inserviens.

1) Pr. J. *de emt. et vend.* L. 17. C. *de fide instrum.* IV, 21.

2) §. ult. J. *de V. O.* L. 68. D. *eod.*

3) L. 110. D. *de V. S.* L. 22. §. 8. D. *sol. matrim.* XXIV, 3. — L. 21. §. 3. D. *de appell.* XLIX, 1. — T. C. *de prohibita sequestratione pecuniae* IV, 4.

4) *Rec. imp.* de 1596. §. 81 — 87. — *Jo. Sam. Brunquell* D. de processu arresti ad effect. sistendi (opusc. nr. VII.)

§. 141.

Protestatio atque reservatio.

Protestari is dicitur, qui testatione interposita sibi cavet, ut ne dictum factumve, aut suum ipsius, aut alterius, fraudi sibi fit [1]). Reservationem vero vocamus declarationem, eum in finem negotiis adjectam, ut juris aut translatio, aut concessio, generalioribus verbis facta, certis quibusdam finibus circumscribatur [2]). Quae quidem utraque res his potissimum continetur praeceptis: Non valet protestatio reservatiove, quae aut juri publico [3]) aut privatorum juri adversatur, nisi et hi, ad quos ea res pertinet, consentiant [4]). Nec magis ea prodest, quae vel re non amplius integra fit [5]), vel facto, dictove contraria est [6]).

1) L. 14. §. 7. in f. et §. 8. D. *de releg.* XI, 7. L. 20. §. 1. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2. L. 3. §. 5. D. *uti possid.* XLIII, 17. - L. 16. D. *ad Sct. Maced.* XIV, 6.

2) L. 77. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. — *Sam. Stryk* D. de jure reservationum. Hal. 1689.

3) L. 51. §. 2. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2.

4) L. 7. pr. in f. D. *nautae, caupones* etc. („Si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestaturum, *et consenserint vectores praedictioni*, non convenitur"). — *Chr. Thomasius* D. de protestatione jus protestantis non conservante (in Diss. collect. Halensi T. I. nr. 26.)

5) L. 31. D. *ad leg. Aquil.* IX, 2. et arg. L. 15. D. *mandati* XVII, 1. — cf. L. 16. D. *ad Sct. Maced.*

6) c. 54. in f. X. *de appell.* II, 28. — *Chr. Thomasius* D. de protestatione facto contraria (in collect. Disp. T. II. nr. 43.)

§. 142.

Cautiones. Earum et finis et variae species.

Cautiones eum in finem adhiberi solent, ut majorem pariant securitatem ei rei, de qua agitur [1]). Est autem duplex summum genus cautionum, alterum quod a causa, alterum quod a modo atque forma, qua fieri debent cautiones, ducitur. In *priore* illo genere necessariae cautiones opponuntur voluntariis, sive conventionalibus [2]). Citra autem conventionem tum peti

poterunt cautiones, cum et periculum adest, ne re nostra vel petitione excidamus, nisi foris etiam securitas aliqua adsumatur [3]), et obligatio actiove inter duas pluresve personas intercedit, eaque talis, cujus aut in ambiguo adhuc posita est vis atque exitus, aut alia quadam ex causa solutio impeditur. Atque necessariarum cautionum aliae praetoriae sunt, aliae judiciales, aliae communes, i. e. quae modo magistratus, modo judicis jussu interponuntur [4]). Praetoriae item dividuntur in judiciales, cautionales et communes. Judiciales hoc quidem loco dicuntur, quae propter judicium, hujus scilicet constituendi confirmandique causa inter eos interponuntur, inter quos causa proprie agitur, quarum quidem vis a litis exitu tota pendet, ut judicatum solvi, ut cautio ex operis novi nunciatione. Cautionales appellantur, quae vel instar sunt actionum, ut cautio de tutela, de legatis vel fideicommissis, damni infecti; vel quae ut nova sit actio intercedunt, sicut cautio ratam rem habiturum dominum. In communibus denique est, de judicio sisti, quae quidem propter judicium interponitur, novam tamen efficit actionem, eamque ab ejus litis, de qua quaeritur, exitu minime pendentem [5]). In *posteriori* vero genere, cui modus atque forma subest tamquam fundamentum, quatuor sunt cautionum species: et satisdatio, ut proprie dicitur, quae quidem fidejussoribus datis fit [6]), et ea, quae fit pignoribus, et juratoria [7]), ut vocant, et nuda repromissio [8]). Solent etiam utramque priorem cautionis realis nomine appellare, posteriorem vero verbalis.

1) L. 1. §. 4. D. *de stip. praet.* XLVI, 5. „Et sciendum est, omnes stipulationes natura sua cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit, et securior interposita stipulatione".

2) §. 3. J. *de divis. stipul.*

3) L. 41. D. *de jud.* V, 1. L. 58. D. *pro socio* XVII, 2. L. 18. §. 1. D. *de per. et commodo rei vend.* XVIII, 6. L. 26. D. *de aedil. ed.* XXI, 1. L. 19. D. *de leg.* 3. L. 5. §. 3. D. *ut legat. seu fideic. serv. causa caveatur* XXXVI, 3. — L. 3. §. 1. D. *ut in possess. leg. v. fideic. serv. causa esse lic.* XXXVI, 4. („Divus Pius rescripsit, eum, apud quem satis petitur, debere ex-

plorare, num per calumniam satis petatur, de qua re summatim debet cognoscere"). L. 1. §. 9. D. *de stipul. praet.*

4) L. 5. pr. D. *de V. O.* XLV, 1. T. Inst. *de divis. stipul.* — *Theophilus* in Paraphr. ad eund. tit.

5) L. 1. pr. §. 1 — 3. D. *de stipul. praetor.* — L. 10. §. 3. D. *de compens.* XVI, 2. („In stipulationibus quoque, quae instar actionum habent, compensatio locum habet, et secundum Julianum tam in ipsa stipulatione, quam in ex stipulatu actione poterit objici compensatio"). L. 57. pr. D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 20. D. *ratam rem haberi* XLVI, 8. — Cf. *Jan. a Costa* ad §. 1. 2. 4. Inst. *de divis. stipul.* et *Jo. Voet.* ad Dig. Tit. de praetor. stipul. §. 2 — 4.

6) L. 1. D. *qui satisd. cog.* II, 8. L. 1. §. 9. D. *de collat.* XXXVII, 6. L. 4. §. 8. D. *de fideic. lib.* XL, 5. — Cf. tam. L. 1. §. 5. D. *de stip. praet.*

7) §. 2. J. *de satisdat.* L. 3. §. 3. C. *de privil. scholar.* XII, 30.

8) L. 2. §. 3. D. *quod legat.* XLIII, 3. L. 1. §. 5. D. *de stip. praet.*

§. 143.

Cautionum usus atque vis.

Quodsi igitur simpliciter cautionem desiderat lex, ex juris quidem communis indole sufficit nuda repromissio [1]), nisi aperte constitutum sit, ut idonee caveatur, quo quidem facto aut fidejussoribus aut pignoribus dandis cavendum erit [2]). At „praetoriae stipulationes personas desiderant pro se intervenientium, et neque pignoribus quis, neque pecuniae, vel auri, vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur" [3]). Ad juratoriam autem cautionem alii ex privilegio admittuntur [4]), alii propterea, quod et fidejussoribus et pignoribus dandis impares sunt [5]), alii denique ob rerum immobilium possessionem [6]). Atque a rebus quidem publicis nulla est exigenda cautio, praeter repromissionem [7]), fiscus vero, cum semper sit idoneus atque solvendo [8]), utique immunis est a cautionibus praestandis [9]). Caeterum quoties vitiose cautum est, vel satisdatum, non videtur cautum, et ideo ex integro plerumque erit cavendum [10]). Idemque dicemus, cum forte medio tempore quid eveniet, quo ad irritum redigatur cautio [11]). Quemadmodum autem causa illa prorsus sublata, propter quam cautiones interponi opor-

tuit, etiam jus exinde ortum ipso jure evanescit [12]), sic etiam cautionis praestandae officium remitti potest ab eo, ad quem jus ex ea re pertinet [13]).

1) L. 3. C. *de V. S.* VI, 38.
2) L. 59. in f. D. *mandati* XVII, 1. L. 4. §. 8. D. *de fideic. lib.* XL, 5. — L. 21. §. 2. in f. D. *de constit. pec.* XIII, 5. L. 188. §. 1. D. *de V. S.*
3) L. 7. D. *de stip. praet.*
4) L. 17. pr. C. *de dignit.* XII, 1. L. 12. pr. C. *de proximis sacrorum scrinior.* XII, 19. L. 5. §. 3. C. *de privil. scholar.* XII, 30.
5) L. 4. §. 2. C. *de castrensianis et ministerianis* XII, 26. Nov. 22. c. 44. §. 5. Nov. 112. c. 2. pr. Nov. 134. c. 9. — Cf. L. 7. §. 2. D. *qui satisd. cog.* Nov. 22. c. 44. §. 7.
6) L. 26. §. 6. C. *de episc. aud.* I, 4. L. 4. §. 1. *de sportulis* III, 2. — Cf. L. 15. pr. D. *qui satisd. cog.* vid. *Glück* Pand. nach *Hellfeld* Bd. III. §. 248. not. 28.
7) L. 6. §. 1. D. *ut leg. seu fideic. serv. causa cav.* XXXVI, 3.
8) L. 2. §. 1. D. *de fundo dotali* XXIII, 5.
9) L. 5. §. 5. D. *si cui plus quam per leg. Falcid. lic.* XXXV, 3.
10) L. 6. D. *qui satisd. cog.* — L. 3. §. 3. D. *ut in poss. leg.* etc. XXXVI, 4. („Si semel fuerit sadisdatum, quaesitum est, an etiam rursus cavendum sit, si forte dicatur, egenos fidejussores esse datos? Et magis est, ut caveri non debeat: hoc enim D. Pius rescripsit Pacuviae; ipsam enim facilitati suae expensum ferre debere, quae minus fidejussores idoneos accepit: neque enim per singula momenta oportet onerari eum, a quo satis petitur"). — Cf. L. 5. D. *de fidejussor.* XLVI, 1. L. 254. §. 1. D. *de V. S.* — L. 1. D. *si quis in jus voc. non ierit.* II, 5. L. 7. pr. D. *qui satisd. cog.*
11) L. 8. §. 3. L. 10. in f. D. *qui satisd. cog.* L. 4. D. *ut in poss. leg.* etc.
12) L. 4. D. *usufructuar. quemadm. cav.* VII, 9.
13) L. 12. D. *ut leg. v. fideic. serv. causa.* L. 2. C. *ut in poss. legat.* etc. VI, 54. — Vid. tam. L. 7. C. *eod.*

§. 144.

Inventarii confectio *).

Inventarium s. repertorium [1]) vocamus brevem bonorum descriptionem solemni et quodammodo publica quadam forma, i. e. aut magistratus judicisve auctoritate, aut adhibitis tabellionibus testibusque, factam [2]). Sufficit tamen interdum privata rerum descriptio ejus, qui eam confecit, juramento confirmata [3]), quin etiam privata simplex [4]). Necesse autem habent inventarium, aut

certe privatam bonorum designationem conscribere, et rerum alienarum administratores [5]), et heredes, qui quidem sine damno ad se velint pertinere hereditatem [6]), et omnino ii, quorum est restituere quandoque bonorum universitatem, quam velut suo jure tenent, qualis est fiduciarius heres. Potest etiam inventarii conscribendi necessitas remitti ab iis, qui quidem liberam habent de rebus suis statuendi potestatem, dummodo id non fiat in aliorum praejudicium [7]).

*) *Ge. Lenz* D. de onere inventarii, Alt. 1757. 4.

1) L. 7. pr. *de adm. et per. tut.* XXVI, 7.

2) L. 32. C. *de episc. et cler.* I, 3. L. 24. C. *de adm. tut.* V, 37. L. 7. §. 5. in f. C. *de cur. fur. o. prod.* V, 70. L. 22. §. 2. C. *de jure delib.* VI, 30. Nov. 1. c. 2.

3) L. 2. C. *quando et quib. quarta pars debetur ex bon. decurion.* X, 34. Nov. 48. c. 1. — Cf. *Struben* rechtl. Bed. Bd. I. Nr. 79.

4) L. 15. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.* XLII, 5.

5) L. 7. pr. D. *de adm. et per. tut.* L. 24. pr. C. *eod.* V, 37. L. 15. §. 1. C. *arbitr. tut.* V, 51. L. 7. §. 5. C. *de cur. fur.* L. 32. C. *de episc. cler.* L. 7. C. *de bon. proscriptor.* IX, 49.

6) L. ult. §. 12. 14. C. *de jure delib.* VI, 30.

7) *F. H. Schroeder* C. de inventarii confectione, ei, cui omn. bonor. ususfructus relictus est, inutiliter remissa. (Rost. 1810. 4) §. 4. 5.

CAPUT IV.

DE JURIS SUI PESEQUENDI DEFENDENDIQUE RATIONE.

§. 145.

Privati arbitrii in juribus persequendis prohibitio.

Juri publico conveniens est, ut res suas quisque judicio repetat, nec quisquam causae suae ipse sit arbiter atque vindex [1]). Creditor itaque, qui vim adhibuit debitori, ut sibi solveretur, jure crediti excidit, qui vero sine judicis auctoritate res debitores occupat, hoc amplius tertia parte bonorum multatur, et infamis fit [2]). Quodsi quis rebus ad ipsum pertinentibus, in aliena tamen possessione constitutis, sine judice potiatur, et resti-

tuat res, quas abstulit, possessori, et earundem dominium amittat; sin dominus non sit, tum non solum res, quas abstulit, reddere, verum etiam aestimationem earum solvere compelletur [3]. Idemque postea ad rei alienae detentores translatum est, qui quidem non ultro restituant dominis res, justo tempore eas recuperare volentibus [4]. Aliud etiam jure pontificio comparatum est auxilium ei, qui privato arbitrio rebus suis, vel juribus exuitur [5]; vocant remedium spolii. Spoliatus igitur ad pristinum statum recuperandum et actionem habet, cum contra spoliantem, tum contra tertium rei possessorem spolii conscium [6]; et exceptionem, in civilibus quidem causis ipse spoliatori, in criminalibus vero, siquidem vel tota bonorum substantia, vel majore eorum parte se spoliatum affirmat, cuivis accusatori objiciendam [7]. Neque vero hisce pontificum decretis sublatae esse videri possunt poenae, jure civili iis constitutae, qui sibimet ipsi jus dicant [8].

1) *J. H. Böhmer* D. de poena jus sibi dicentis sine judice. (Exercitt. ad Pand. T. II. Nr. XXIII.) cf. not. sq.

2) L. 12. in f. et L. 13. D. *quod met. causa.* IV, 2. L. 7. D. *ad L. Jul. de vi privata* XLVIII, 7. („Creditores, si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent. Alioquin, si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, D. Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt; optimum est: ut, si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris — —: et cum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit — — —"). (v. *J. O. Westenberg* Divus Marcus seu Differt. ad constitutiones M. Aur. Anton. imp. (opp. cur. *Jungio* T. III.) Diss. XXXIX. L. 8. L. 1. pr. *eod.* Nov. 60. c. 1 pr.

3) L. 7. C. *unde vi* VIII, 4. (cf. L. 5. C. Th. *eod.*) — §. 6. J. *de interd.* — Cf. *de Savigny* das Recht des Besitzes (ed. 4.) §. 40. p. 407—413. 419—420. — *Thibaut* Archiv f. civ. Pr. I, 7. Nr. 1.

4) L. 34. C. *loc. cond.* IV, 65. L. 10. C. *unde vi.*

5) Decretal. (II, 13.) et Lib. VI. (II, 5.) *de restitutione spoliatorum.*

6) c. 18. X. *h. t.*

7) c. 1. *h. t.* in 6. — Cf. *de Savigny* l. l. §. 50.

8) In aliam sententiam multi iverunt, maxime propter c. 1. 7. 10. X. *h. t.* et c. 1. X. *de dolo et contumacia* II, 14. Ad vid. c. 2. C. XVI. qu. 6. — c. 18. *de praeb.* in 6. III, 4. et *J. H. Böhmer* Jus eccl. Prot. §. 5—6. et Diss. cit. c. II. §. 5. 6. — Cf. omni-

no quod attinet usum horum praeceptorum hodiernum: C. G. O. de 1521. Tit. 32. §. 2. Rec. imp. de 1532 Tit 3. §. 15. et *Böhmeri* Diss. cit. c. II. *ejusdq.* jus eccl. Prot. l. l. §. 7 sqq.

§. 146.

Exceptiones proponuntur.

Neque vero omnino caret exceptionibus haecce, quam commemoravimus, privati arbitrii prohibitio. Possumus adeo recta via, ipsoque nostro facto jus nostro interdum persequi atque defendere. Nam et vim vi repellere licet [1]), et opus, quod quis in nostro fine jure posuit, destruere [2]), et justitio, i. e. juris judiciorumque cessatione [3]), interveniente, adversarium, ut ab injuria erga nos desistat cogere [4]), et debitori fugienti pecuniam, quam secum tulit auferre [5]), et alia complura facere, de quibus hic nihil attinet dicere [6]). Atque latius etiam patet occulta illa juris sui persequendi ratio, qua velut vim inferimus menti adversarii, eumque hoc modo cogimus, scilicet ut aut in causa nobis cedat, aut alia ratione sibi nostra auctoritate nostroque arbitrio legem dici patiatur. Quo in genere inprimis sunt et jus retentionis, ut vocant, et jurisjurandi delatio; de quibus jam singulatim videbimus.

1) L. 1. §. 27. D. *de vi et vi arm.* XLIII, 16. („Vim vi repellere licere Cassius scribit, idque jus natura comparatur. Apparet autem ex eo, arma armis repellere licere"). L. 1. §. 28. *eod.* L. 3. §. 9. *eod.* (— „sed hoc confestim, non ex intervallo"). — L. 1. C. *unde vi* VIII, 4. — L. 3 et 4. C. *de sicariis* IX, 16. — *J. A. Hellfeld* D. de violenta rerum nostrarum defensione (op. min. Nr. XXI.).

2) L. 29. §. 1. D. *ad L. Aquil.* IX, 2.

3) *Gellius* N. A. XX, 1.

4) Quae quidem res multas habet cautiones. Cf. *J. H. Böhmer* D. de eo quod justum est durante justitio (Exercit. ad Pand. T. II. Nr. XXV.).

5) L. 10. §. 16. D. *quae in fraud. cred.* XLII, 8.

6) Cf. *J. Claproth* Einleit. in den ordentl. bürgerl. Prozess. I. §. 3—5. — Quatenus pactum de ingredienda possessione ex L. 3. C. *de pignor.* VIII, 14. („Creditores, qui non reddita sibi pecunia, conventionis legem, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate Praesidis possessionem adipisci debent") — valeat, vid. *J. H. Böhmer* Diss. (§. 145. not. 1.) cit. c. I. §. 19.

§. 147.

Jus retentionis *).

Retinere is generatim dicitur, qui creditori dominove se, quod vicissim illi debet, praestaturum vel restituturum negat, donec ipsi satisfactum sit. In quo et compensatio est [1]), et retentio, ut proprie dicitur; quae quidem his potissimum continetur praeceptis: primum, ut in possessione detentioneve simus ejus rei, quam adversarius sibi a nobis exhiberi aut restitui petit [2]); deinde, ut talis sit possessio, quam ex justa causa quaesiverimus [3]), denique ut id, quod per retentionem nobis velimus servare, et vere debeatur nobis [4]), et liquido de eo constiterit [5]), et connexum sit cum eo, quod a nobis petitur [6]). Quodsi in unum haec concurrant, retentio locum habet, licet nullo legis decreto speciatim sit praescripta [7]), nisi ex eo genere sit petitio, quae jure singulari nec compensationem admittat, nec retentionem [8]). Quamquam autem ejus rei, quam quidem retinere poteramus, omissa retentione plerumque non habemus repetitionem [9]), tamen id, quod retinendo non servavimus repeti potest [10]), dummodo non solius exceptionis angustiis jus nostrum circumscriptum sit [11]). Caeterum, si in ea ipsa re, quam liceat retinere, jus aliquod nobis sit, idque tale, quod non amittatur doli exceptione omissa [12]), jus illud retinendi a recentioribus appellatur qualificatum, contrario scilicet simplicis nomine opposito.

*) *Ge. L. Böhmer* D. de jure retentionis ejusque effectu (in elect. jur. civil. T. II. Nr. XIII.) *J. L. W. Faselius* syst. Darst. d. Lehre vom Retentionsrechte. Halle 1795. 8.

1) §. 30. J. *de act.* Dig. (XVI, 2.) et *Cod.* (IV, 31.) *de compensationibus.* — Refertur etiam nonnumquam compensationis nomen ad jus retentionis, velut L. 7. §. 5. D. *sol. matr.* XXIV, 3. L. 1. C. *rer. amot.* V, 21.

2) L. 14. §. 1. D. *comm. div.* X, 3. — Cf. *Faselius* l. c. §. 7.

3) arg. L. 1. C. *unde vi.* VIII, 4. — L. 25. D. *de pignor. et hyp.* XX, 1. — Cf. L. 1. C. *si aliena res pign. data sit* VIII, 16.

4) L. 14. D. *de donat.* XXXIX, 5.

5) arg. L. 14. §. 1. C. *de compens.* Cf. *Leyser* sp. 175. m. 4. Dissent. *Thibaut* Pand. Recht §. 511. in f.

6) L. 50. §. 1. D. *de her. pet.* V, 3. (— „impensas aut doli exceptione retenturum, aut actione negotiorum gestorum repetiturum" —). L. 27. §. 5. L. 48. D. *de rei vind.* VI, 1. L. 2. pr. D. *de lege Rhodia de jactu* XIV, 2. L. 8. pr. D. *de pign. act.* XIII, 7. — L. 25. in f. D. *de proc.* III, 3. L. 18. §. 4. D. *commodati* XIII, 6. L. 15. §. 2. L. 55. §. 4. L. 59. D. *de furtis* XLVII, 2. — L. 13. §. 8. D. *d. a. e. v.* XIX, 1. („Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur: — venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit"). D. 31. §. 8. D. *de aedil. ed.* XXI, 1. — L. 1. pr. in f. D. *de pign.* — L. 9. §. 5. *de damno inf.* XXXIX, 2. L. 8. D. *de incend. ruina etc.* XLVII, 9.

7) Dissent. post alios *W. V. Wiese* (resp. *J. C. Schroeder*) D. de retent. pignor. tam ob eadem quam ob diversa (Rost. 1780.) §. 5. et *Glück* Pand. nach *Hellfeld* Bd. XV. §. 957. Nr. I. — At enimvero cum ipsis locorum, supra (not. 2. et 6.) allatorum argumentis, tum vero maxime rationibus, quibus illi nituntur, satis significatur, retentioni plerumque esse locum, ubi ea, quam commemoravimus, debitorum inter se adsit connexio.

8) velut L. 11. C. *depositi* IV, 34. L. un. §. 5. C. *de rei ux act.* V, 13. Cf. L. 5. D. *de dote praelegata* XXXIII, 4.

9) L. 19. §. 2. D. *de her. pet.* — except. vid. L. 21. D. *ad Sct. Treb.* cf. not. 12.)

10) L. 50. §. 1. D. *de her. pet.* L. 14. §. 1. D. *comm. div.* L. 18. §. 4. D. *commodati.*

11) L. 51. D. *de cond. ind.* XII, 6. („Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si solverimus repetere non possumus"). L. 48. D. *de rei vind.* L. 14. §. 1. *comm. div.* L. 53. in f. D. *de cond. ind.* L. 14. D. *de d. m. et m. exc.* XLIV, 4.

12) v. gr. L. 1. pr. in f. *de pignor.* L. 15. §. 5. D. *de re jud.* XLII, 1.

13) *Böhmer* l. l. §. 17.

§. 148.

Jurisjurandi religio *). *Notio et species.*

Jusjurandum est affirmatio religiosa [1]), ejusque triplex est summum genus. Unum, quod a jurandi velut materia ducitur, has habet species: promissorium scilicet et assertorium, ut vocant. Illo jurans se servaturum promissa affirmat; hoc vero, factum esse aliquid, vel non factum asserit. Atque assertorii jurisjurandi species sunt tres. Aut enim de veritate juratur, aut de ignorantia, aut de credulitate, ut ajunt [2]). Alterum divisionis genus, quod quidem ad causam jurandi refertur, item habet species duas: nam aut litis causa juratur, aut extra litem, idque aut in causa privata, aut in publica [3]), aut

in ea, quae instar habet publicae, quale est jusjurandum a tutoribus curatoribusve praestandum [4]). At quod litis causa juratur jusjurandum, vel transigit controversiam, atque finit, de quo quidem infra (§. 162.) breviter dicetur, vel non nisi adjutorium est causis in judicio tractandis, velut illud, quod testimonii causa juratur [5]), tum etiam calumniae juramentum [6]). Tertium est jurisjurandi genus a jurandi auctore dictum, in quo delatum jusjurandum, quod quidem speciem continet transactionis [7]), ei opponitur, quod aut a superiore, aut a judice exactum est, ut homagium, ut jusjurandum judiciale necessarium [8]).

*) Dig. (XII, 2.) *de jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali.* Cod. (IV, 1.) *de* (rebus creditis et) *jurejurando.* — Decreti pars secunda, Causa XXII. Decretal. (II, 24.) Libr. VI. (II, 11.) et Clem. (II, 9.) *de jurejurando.* — *Sam. Stryk* de cautelis juramentorum in foro observandis (opp. praestantiora Vol. III.) p. 415 sqq.) — *J. F. de Malblanc* doctrina de jurejurando. Norimb. 1781. 8. ed. II. Tub. 1820. 8.

1) *Cic.* off. III, 29. — De variis variorum jurisjurandi definitionibus cf. *Malblanc* l. l. §. 6. et not.* et *Glück* Pand. Vol. XII. p. 182 sqq.

2) Cf. *Glück* l. l. §. 797. p. 231 sqq.

3) L. 14. pr. C. *de jud.* III, 1. — L. 2. §. 3. D. *de his qui not. infamia* III, 2. L. 13. §. 3. D. *de re milit.* XLIX, 16. — Cf. *Malblanc* §. 32 et 104.

4) Nov. 72. c. 8.

5) L. 9. pr. C. *de testib.* IV, 20.

6) §. 1. J. *de poena temere litigant.* Tit. Cod. *de jurejur. propt. calumn. dando* II, 59. Nov. 49. c. 3. Nov. 124. c. 1. — Decret. (II, 7.) et Lib. VI. (II, 4.) *de juramento calumniae.* — Rec. imp. noviss. §. 43. — De aliis quibusdam juramentis in adjutoriorum numerum falso relatis, vid. *Malblanc* §. 47 sqq.

7) L. 2. D. *h. t.*

8) Cf. infr. §. 162. et §. 150. not. 1.

§. 149.

De jurisjurandi conditionibus necessariis.

In quovis jurejurando haecce tria appareant necesse est: veritas, judicium, justitia. „Si ista defuerint, nequaquam erit juramentum, sed perjurium" [1]). Atque veritas quidem ad mentem jurantis refertur, scilicet ut

serio animo juret, ac pro vero habeat id, quod jurejurando asserat [2]); judicium vero ad jurantis personam, hoc pacto, ut jurans et intelligentiam habeat ejus rei, quae geritur [3]), nec libero animi judicio careat [4]). Justitiae denique conditio ad ipsam jurandi causam pertinet, adque rem, de qua juratur, quae quidem et in privatorum commercio sit oporteat, et in jurantis arbitrio posita, nec in earum sit numero, de quibus jurare non est permissum [5]). Praeterea in jurando is modus, eaque forma servetur necesse est, quam leges aut comprobarunt aut praescripserunt [6]). Caeterum quod ad personas attinet jurantium haec etiam sunt animadvertenda: cum, ut perjurus non amplius admittatur ad jurandum [7]), tum ut per procuratorem plerumque nequeat jurari [8]).

1) c. 2. C. XXII, qu. 2.

2) c. 9. C. XXII, qu. 5. — Cf. *Glück* l. l. §. 792. p. 204.

3) Cf. L. 26. pr. in f. L. 32. L. 34. §. 2. D. *h. t.* — c. 14. 15. 16. C. XXII, qu. 5. *Malblanc* §. 9 et 42.

4) c. 2. X. *de his quae vi metuve causa fiunt* I, 40. c. 28. X. *h. t.* („servari debent juramenta, si sine vi et dolo sponte praestita sint"). c. 2. *de pact.* in VI. I, 18. — Cf. §. 150. not. 4.

5) L. 34. pr. D. *h. t.* — L. 15. §. 2. L. 28. §. 6. *eod.* L. 6. §. 4. D. *de his qui not. infam.* L. 5. §. 8. D. *de injur.* XLVII, 10. — c. 2. 18. 19. 23. 24. 27. X. *h. t.* — Cf. c. 2 X. *de probat.* II, 19.

6) L. 5. pr. D. *h. t.* („Quodsi exegi, ut per salutem tuam jurares, et jurasti, stabitur: omne enim omnino licitum jusjurandum, per quod voluit quis sibi jurari, idoneum est"). L. 13. §. 6. L. 33. *eod.* („Qui per salutem suam jurat, *licet per deum jurare videtur*, *respectu enim divini numinis ita jurat*, attamen, si non ita specialiter juramentum ei delatum est, jurasse non videtur"). L. 5. §. 5. *eod.* — Jurisjurandi formula, quam habet c. 4. X. *h. t.* his verbis finit: „Sic me deus adjuvet et haec sancta evangelia." — Cf. *Malblanc* §. 7. 25. 26. 28. 29. 68. 114. *Weber* von der nat. Verbindl. §. 118. *Glücu* l. l. §. 195 sqq. *Günther* princ. jur. rom. noviss. §. 251. not. a. b. — De formula juramentorum a Judaeis praestandorum v. C. G. O. de 1555. P. I. Tit. 86. cf. *O. G. Tychsen* über die zweckmässigste Verbesserung des Judeneides (in *C. C. F. v. Nettelbladt* Archiv f. die Rechtsgelahrth. in den Mecklenb. Landen Vol. 1. Rost. 1805. p. 272 sqq.)

7) c. 14. C. XXII, qu. 5.

8) exc. vid. L. 9. §. 6. D. *h. t.* („Jusjurandum defensoris vel procuratoris, *ei ab adversario delatum*, prodesse exceptionemque domino parere"). L. 42. §. 2. *eod.* — L. 13. §. 3. D. *de damno infecto* XXXIX, 2. c. 7. pr. X. *de juram. calumn.* c. 5. *eod.* in 6. — L. 97. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1. — Cf. *Malblanc* §. 95.

§. 150.

§. 150.

Jurisjurandi vis.

Jurisjurandi assertorii vis est, ut pro vero habeatur id, de quo juratum est [1]), promissorii vero, ut jurijurando standum sit, sic tamen, ut plerumque jurisjurandi religio non per se ac sua vi efficiat jura et obligationes, sed ex ejus negotii, cui ut confirmandi causa accedit, indole aestimetur. Quemadmodum igitur conditiones, quae aut per se negotiis insunt, aut ipsis adjiciuntur, ad jurisjurandi quoque obligationem referri oportet [2]), ita fere non valent negotia ideo, quod juramento confirmata sunt, nisi quatenus per se atque sua natura valere possunt [3]). Quam quidem in rem jam jure Romano quaedam proponuntur exceptiones [4]), quibus etiam plures jure pontificio superadditae sunt [5]). Atque ejus quidem jurisjurandi, quod extra litem in causa privata defertur, ea est vis, ut et actionem pariat, tamquam ex nova obligationis causa oriundam, et exceptionem, ei scilicet comparatas, qui aut juravit, aut cui remissum est jusjurandum [6]). Est praeterea aliud, quod differat inter tale jusjurandum, atque illud, quod in judicio defertur adversario. Is etenim, cui litis causa jusjurandum delatum est, necesse habet aut jurare, aut deferenti referre juramentum, aut causa cedere adversario [7]); contra vero extra litem jurejurando delato, si neque juratum est, neque remissum jusjurandum, pro eo habetur, atque si res in jusjurandum admissa non esset [8]).

1) L. 21. 22. D. *de dolo malo* IV, 3. („Quodsi, deferente me, juraveris et absolutus sis, postea perjurium fuerit adprobatum: Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam, Pomponius autem per jusjurandum transactum videri. Quam sententiam et Marcellus — probat: stari enim religioni debet. — Nam sufficit perjurii poena." — De qua quidem poena v. L. 13. §. 6. D. *h. t.* L. 2. C. *eod.* L. 41. C. *de transact.* II, 4. L. 13. C. *de test.* IV, 20. — *Malblanc* §. 97—99. *Glück* l. c. p. 247. not. 31.) L. 28. §. 10. *h. t.* L. 56. D. *de re jud.* XLII, 1. L. 1. pr. D. *quar. rer. act. non datur* XLIV, 5. L. 1. C. *h. t.* — Cf. L. 31. D. *h. t.* („Admonendi sumus, interdum etiam post jusjurandum exactum (sc. a judice) permitti constitutionibus principum ex inte-

gro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit; sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a judice aliquis absolutus fuerit: solent enim saepe judices in dubiis causis, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit. Quod si alias inter ipsos jurejurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare"). L. ult. C. *h. t.* — Cf. *Malblanc* §. 65. 66. *Glück* p. 250 sqq.

2) L. 16. D. *qui satisd. cog.* II, 8. c. 20. 15. 35. *h. t.* c. 2. X. *de sponsalib.* IV, 1. *Weber* v. d. nat. Verb. §. 119—123.

3) L. 7. §. 16. D. *de pact.* II, 14. L. 5. §. 1. C. *de legib.* I, 14. Nov. 51. pr.

4) L. 7. D. *de oper. libert.* XXXVIII, 1. — L. 1. C. *si adv. vendit.* II, 28. et auth. Frid. *sacram. puberum*, *eod.*

5) c. 8. X. *h. t.* — c. 28. X. *eod.* c. 2. *eod.* in 6. — c. 2. *de pact.* in 6. I, 18. — Num ratio hisce pontificum decretis addita: „cum (juramentum) non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum" in rationum decidendi (§. 45. not. 3. §. 61. not. 3. §. 66. nr. 2.) numero habenda, ideoque aliis quoque causis adhibenda sit, necne? maxima in controversia versatur. Priorem illam sententiam post alios tuetur *Thibaut* Theorie d. log. Ausleg. §. 16. p. 61 sq. (ed. 2.), posteriorem *Weber* l. l. §. 120—123., quocum inprimis faciunt c. 6. 15. 29. X. *h. t.* c. 6. X. *de his quae vi metusve causa gesta sunt.* — Cf. et *Malblanc* l. l. §. 118. 119.

6) L. 9. §. 1. D. *h. t.* („Jurejurando dato, vel remisso, reus quidem adquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero actionem adquirit: in qua hoc solum quaeritur, an juraverit dari sibi oportere, vel, cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit"). L. 28. §. 10. *eod.* („Item, cum ex hac parte jusjurandum et actionem et exceptionem inducat, si forte reus extra judicium, actore inferente, juraverit, se dare non oportere, et actor, reo deferente, dari sibi oportere, vel contra: posterior causa jusjurandi potior habebitur, nec tamen praejudicium perjurio alterius fiet, quia non quaeretur — an dare eum oportet, sed an actor juraverit"). — L. 1. C. *h. t.* L. 5. §. 2. L. 9. §. 3. L. 26. §. 2. D. *h. t.* — L. 7. D. L. 27. L. 28. §. 8. L. 40. D. *h. t.* — L. 26. §. 1. L. 28. §. 1. *eod.* L. 1. §. 3. D. *quarum rerum actio non datur* XLIV, 5. (§. 78. not. 3.) — L. 6. D. *h. t.* — De hujus doctrinae usu hodierno v. *Glück* l. l. §. 798 *b.*

7) L. 34. §. 6. 7. L. 38. D. *h. t.* („Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre"). L. 9. C. *h. t.* cf. L. 34. §. 9. *eod.*

8) L. 5. §. 4. D. *h. t.* — vid. et L. 17. pr. *eod.* — Cf. *G. L. Böhmer* exerc. de auctoritate judicis circa jusjurandum in judicio delatum et relatum (elect. jur. civ. T. II. Nr. XIV.) §. 4. *Malblanc* §. 37. *Glück* p. 236—238.

§. 151.

De praesidiis juris sui persequendi causa cuique comparatis.

Plerumque igitur judicio jus suum quisque tueatur necesse est, idque fieri potest dupliciter: aut impugnantis more, aut defendentis. Impugnatio fit actionibus, quibus aut dari nobis, aut fieri, restituive aliquid per judicem reposcimus (§. 77. not. 2.). Reus autem ad excludendam, vel minuendam, vel differendam actionem, aut negationibus utitur, aut exceptionibus, i. e. allegationibus actioni contrariis, quae eo nituntur, quod, licet justa per se sit atque veritate fundata actoris intentio, tamen aut iniqua sit adversus eum, cum quo agitur, aut alia quadam ex causa, actionis initium et velut fundamentum plane non attingente, removeatur elidaturve [1]. Similiter ex parte actoris replicationes, ut excludantur exceptiones, objici solent reo. Sed et contra replicationem datur duplicatio, et contra duplicationem triplicatio, et contra triplicationem rursus quadruplicatio, et sic deinceps [2].

1) *Gaji* instit. IV. §. 116. 117. Pr. J. *de exceptionib.* L. 1. pr. L. 22. pr. D. *de except.* XLIV, 1. L. 16. D. *de publ. in rem act.* VI, 2.

2) *Gaji* inst. IV. §. 126 — 129. Tit. inst. *de replicationibus.* L. 2. §. 1. 5. L. 22. §. 1. D. *de except.* L. 10. C. *eod.* VIII, 36.

§. 152.

*Varia actionum genera *).*

Jam vero actionum singula genera persequamur. Et quidem duplex est velut summum actionum genus. Alterum, in quo continentur duae species hae: et in rem actiones, et in personam [1], quae communi condictionum nomine, licet minus proprie dicuntur [2]. Est autem haec potissimum inter utramque differentia, quod illis quidem proxime de eo disceptatur: quale sit jus, ad quemve pertineat id, de quo quaeritur; contra vero in personam actionibus omnis in eo posita est quaestio: quid

reum ei, cui obligatus esse dicitur, dare, facere, praestare oporteat. Atque in priore illa specie et praejudiciales quodammodo actiones sunt [3]), et maxime eae, quae proprie dicuntur in rem, s. vindicationes. 1) Praejudicia [4]) igitur, quae quidem hoc loco intelligimus [5]), nullam in se habent condemnationem [6]), etiamsi jura ex iis pendentia ex eo genere sint, in quibus maxime vertantur personales praestationes, ut in actione de partu agnoscendo [7]). 2) In rem vero actio est, quae quidem prae ceteris hoc nomine appellatur, qua aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod in re nobis competere, velut utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, et quae ex eo genere sunt similia; eaque plerumque locum habet adversus possidentem [8]). At primo huic actionum generi alia etiam duplex species proxime adjuncta est, et earum, quae mixtam quodammodo causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam [9]), et earum, quae in rem scriptae vocantur [10]). Alterum vero, quod quidem in summis existimavimus ponendum, actionum genus, a judiciorum illa divisione in certi et incerti ducitur [11]). Illorum, quae etiam stricti juris nomine veniunt [12]), maxime propria fuere haec: et *judicis* datio, et certi petitio judicatioque, ita, ut plane nullus judicis officio locus relinqueretur, quippe qui certis formulae praetoriae terminis inclusus esset; quarum actionum in numero inprimis fuere condictiones, ut quidem proprie appellatae sunt [13]). Contra vero in incerti judiciis *arbiter* datus est, cujus libera esset in causis cognoscendis dijudicandisque, nullisque formularum vinculis adstricta religio. Atque in his aliae bonae fidei actionum, aliae velut proprio arbitrariarum nomine veniunt. Et quidem bonae fidei actiones, ut ex aequi bonique ratione proficiscuntur; sic libera potestas judici permittitur, ex bono et aequo aestimandi, quid, quantumve alterum alteri ultro citroque praestare oporteat [14]). Arbitrariae vero actiones, licet haec ipsis sit cum stricti juris actionibus similitudo, quod, (siquidem a finium regundorum actione discesseris [15]), ex una tan-

tum parte adsit obligatio, neque contrarium judicium admittatur, tamen et ipsae pendent ex judicis arbitrio, ut is, ex aequo et bono, secundum cujusque rei, de qua agitur, naturam aestimet, quemadmodum actori satisfieri oporteat [26]).

*) Inst. (IV, 6.) *de actionib.* — Dig. (XLIV, 7.) et Cod. (IV, 10.) *de* (obligationibus et) *actionibus.* — *H. Donelli* comment. ad tit. Inst. de actionib. 1596. 8. — *Reinh. Bachovii Echtii* Tr. de actionibus. Frf. 1657. 4.

1) §. 1. Inst. de act. — *De Roi* im Arch. f. civ. Pr. VI. cr. XIV. et XVIII. — cf. supra §. 78. not. 4.

2) *Gaji* inst. IV. §. 1—5. §. 1. J. *h. t.* L. 25. pr. D. *h. t.* (cf. §. 78. not. 4. et scriptt. ad. eand. §. not.*. alleg.) — De condictionum et nomine et natura vid. not. 12.

3) §. 13. J. *h. t.* — cf. L. 1. §. 2. D. *de R. V.* VI, 1. L. 9. C. *de patr. pot.* VIII, 47. — L. 5. §. 18. D. *de agnosc. et alend. liber.* XXV, 3.

4) *Quinctil.* inst. or. V, 2. *J. Raevardi* de praejudiciis libri duo. (opp. p. 811 sqq.) *v. Savigny* D. de concursu delictorum formali (Marb. 1800. 8.) §. 13—15. p. 56—90.

5) Nam non solum a vulgaribus hujus verbi significationibus (de quibus v. *Brisson.* h. v. §. 1. 2. et *Raevardi* lib. II. c. VIII. cf. et *Gaji* inst. IV. §. 94.), verum etiam a praejudicialibus exceptionibus (§. 154.) sejungendas esse putamus actiones praejudiciales. Nullis enim solidis rationibus subnixa est *Raevardi* sententia, existimantis, omnia omnino praejudicia, quae quidem in rem sint, exceptionum figura opponi solita fuisse, atque ita demum in actiones, priore loco tractandas, transiisse. Lib. I, c. 12 sqq. cf. L. ult. D. *si ingen. esse dicatur* XL, 14.

6) *Gaji* inst. IV, 44. *Theophili* Paraphr. ad §. 15. de act. — Cf. *Donellus* l. l. ad §. 13. nr. 8. — Caeterum in juribus definiendis, quae ex statu oriuntur, praejudicialium actionum prorsus nullam esse rationem habendam arbitratur *du Roi*, l. l. p. 406; scil. nullis ipse rationibus usus, nisi quod generalior sit praejudicialium actionum vis. cf. tam. §. 28. not. 5.

7) *Gajus* et *Theophil.* ll. ll. §. 13. J. de act. L. 3. §. 2—5. D. *de agnosc. et alend. lib.* XXV, 3.

8) Exceptis et servitutum actionibus et casu illo uno, de quo Justinianus §. 2. J. *h. t.* „Sane uno", inquit, „casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit." Cf. *Donellum* ad h. §. nr. 27—36. — *Jo. Doujatii* D. de uno casu (excurs. XVIII. ad Theophil. ed. *Reitz.* p. 1222.) Variorum not. ad Theophil. ap. Reitz p. 787 sqq. *Ev. Otto* ad h. §. nr. 4. — Forsitan ante oculos observata est Justiniano negatoria actio, domino etiam adversus eum competens, qui sibi non tribuat jus servitutis. L. 15. 14. 17. pr. D. *si serv. vind.* VIII, 5. L. 6. §. 2. D. *arbor. furt. caes.* XLVII, 7.

9) §. 20. J. *h. t.* — Cf. L. 7. C. *de her. pet.* III, 31. L. 25. §. 18. D. *eod.* V, 3. — (*Hübner*) Berichtigungen und Zusätze zu *Höpf-*

ners Institutionen p. 120—128. *de Löhr* Magazin für Phil. u. Gesch. d. Rechts. Bd. IV. Nr. 2.

10) L. 9. §. 8. D. *quod met. causa* IV, 2. — L. 14. §. 5. *eod.* — L. 1. §. 12. D. *si quadr. paup. fec. dic.* IX, 1. — L. 3. §. 5. et 15. D. *ad exhib.* X, 4. L. 6. §. 5. L. 12. D. *de aq. pluv. arc. act.* XXXIX, 3. — L. 1. §. 13. D. *quod legat.* XLIII, 3. — §. 6. J. *de act.* — L. 5. §. 13. quod *vi aut clam* XLIII, 24. — c. 18. X. *de rest. spoliat.* II, 13. — *Hübner* l. l. p. 111—115. *Feuerbach* civilist. Verf. p. 248.

11) De quibus inprimis vid. *Cic.* or. pro Rosc. Com. c. 4. („Judicium est pecuniae certae, arbitrium incertae. — Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus: ad arbitrium hoc modo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur"). *Seneca* de benef. III, 7. — §. 29—31. J. *h. t.* — Cf. *Jo. Matth. Magnus* ration. et different. jur. civ. Lib. I. (in *Meermanni* thes. T. III. p. 263 sqq.) *E. Gans* über röm. Obligationenrecht (Heidelb. 1819.) Abh. I. II. *Auctoris* observ. de jud. str. jur. et arbitr. in d. Heidelb. Jahrb. 1821. p. 47—63. 69. 70. *H. C. Stever* de summario Romanorum judicio, et stricti jur. seu de bonae fid. act. Lips. 1822. 8. — Cf. infra a) locum, qui est de jurium commodis atque incommodis (c. V.) §. 179, 192, 195, 197. — b) Vol. III. §. 598. not. 20.

12) §. 28. J. *h. t.* — Vocantur etiam stricti judicii actiones L. 5. §. 4. D. *de in lit. jur.* XII, 3.

13) Cf. *Gaji* inst. IV. §. 18—20. §. 15. J. *h. t.* et *Theophili* Paraphr. ad §. 3. J. de exc. — *Unterholzner* in d. Zeitschr. f. hist. R. W. I. p. 250—53. *H. C. Stever* de serv. praed. c. VI. §. 7. — *Gans* l. l. §. 3. et *Auctoris* observ. citt. p. 53—55. — T. D. *de condictione ex lege.* XIII, 2. §. 24. in f. et §. 25. in f. J. *h. t.* — *Westenberg* D. IV. de causs. oblig. c. I. §. 3. *Glück* Pand. XIII. §. 842. *J. L. Schmidt* Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einr. §. 1338. 1339.

14) §. 13. J. *h. t.* L. 7. D. *de negot. gest.* III. 5. — Cf. *Gaji* inst. IV, 61—63.

15) §. 31. J. *h. t.* — *Unterholzner* l. l. p. 253—255. *Gans* l. l. p. 164. — Videtur tamen ex juris quidem Romani indole *arbitrium* in hisce actionibus condemnationem praecessisse, ideoque duplex quodammodo intervenisse sententia. §. 31. J. *h. t.* et ibi *Theophil.* L. 18. pr. D. *de dolo malo* IV, 3. L. 4. §. 5. D. *fin. regund.* X, 1. Nec id nobis negotium facessit, quod duplicis hujus judicii causa atque ratio non utique conveniat in omnes omnino arbitrarias actiones (v. *a Costa* et *Vinnius* ad §. 31. J. *h. t. Bachov* l. l. Disput. VII. P. I. th. III. et P. II.), cum tota haec res ex intima litium apud Romanos tractandarum ratione atque ex formularum secretis petenda sit. — Cf. et *Gaji* J. IV. §. 163—165. — Caeterum de usu harum differentiarum hodierno v. *N. H. Gundling* D. de usu practico actionum bonae fidei et stricti jur. (in exercitt. academ. Nr. XV.) c. II et *v. Weyhe* wissenschaftl. Bearbeit. des allgem. Privatr. §. 414.

§. 153.

Nunc in reliquarum actionum enumerationem descendamus, quarum tamen aut non necessaria erit, aut mi-

nus difficilis explicatio. Et quidem I) a fonte tamquam legitimo unde manarunt, duplex eſt actionum diviſio; altera, in civiles atque honorarias [16]), altera, in directas et utiles ſ. fictitias [17]), quae ad directarum exemplum et velut imitationem conſtitutae ſunt [18]). II) Item, a cauſa, ſ. a re, quae in judicium deducitur, duo petenda ſunt actionum genera. Primum eſt, in quo tres inſunt ſpecies hae: una earum, quae rei perſequendae gratia comparatae ſunt, altera earum, quae poenae perſequendae cauſa, tertia eas continens, quibus ſimul et rem et poenam conſequimur, quae itidem vocantur mixtae [19]). Alterum eſt genus, in quo actiones ſpeciales et ab iis, quae de univerſitate propoſitae ſunt, et a generalibus ſejunguntur [20]). Praeterea III) ab eo, quod inter actorem et reum, quoad hanc, quae agitur, cauſam intercedit juris vinculo, etiam actiones dividuntur bifariam. Nam et contrariae actiones opponuntur directis [21]) et ſimplices duplicibus, quae et ipſae dicuntur mixtae, i. e. in quibus unusquisque tam rei, quam actoris partes ſuſtinet [22]). IV) Alia eſt actionum diviſio ab earum formulis in vulgares et non vulgares, ſive in factum actiones [23]). Vulgares aut in jus conceptae ſunt, aut in factum [24]); in non vulgarium vero numero et in factum praetoriae ſunt [25]), et praeſcriptis verbis [26]) actiones, ſive in factum civiles [27]), et utiles [28]). V) A forma judiciorum privatorum ſolita liceat actiones distribuere in ordinarias et extraordinarias; ita enim vocamus, quae quacunque ratione a juris ordine conſueto recedunt, qualia ſunt ſummaria judicia, ut hodie dicuntur. Quorum quidem in numerum interdicta quoque referri poſſunt, quae alioquin juris ordinarii ſunt [29]). At ex uſu loquendi Romanorum proprio *extra ordinem* vocabulum ad judiciorum privatorum ordinem, poſtea quidem ſublatum [30]), plerumque [31]) refertur, ſcilicet ut extraordinariae actiones, ſive cognitiones, ſive perſecutiones, eae dicantur, quae ab ipſis magiſtratibus, juris ordine minime ſervato, i. e. non dato judice, tractari judicarique ſolerent [32]). VI) A facultate agendi ſumma eſt

actionum divifio in populares atque privatas [33]), tum vero VII) a temporum praefcriptionibus in perpetuas et temporales [34]), de quibus fuis locis dicentur plura. Denique VIII) praetereundum non eft id genus actionum, quas vocant adjectitiae qualitatis [35]), ideo, quod actioni inftitutae nomen adjicitur a caufa extrinfecus accedente, eaque tali, quae efficiat, ut et is adverfarius, et eo, quo nunc fit, modo, conveniri poffit [36]).

16) L. 25. in f. D. *h. t.* §. 3—12. J. *h. t.* — *A. Magnus* l. l. c. 5. — (cf. not. 24)

17) *Gaji* inft. IV. §. 34—38. *Ulpiani* Fr. Tit. 28. §. 12.

18) L. 21. D. *de praefcr. verb.* XIX, 5. („Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio eft"). — L. 47. §. 1. D. *de negot. geft.* III, 5. („Nec refert, directa quis, an utili actione agat, vel conveniatur: maxime cum utraque actio ejusdem poteltatis fit eundemque habeat effectum"). — *Jof. Fern. de Retes* excurf. analect. VI. (in *Ottonis* thef. T. V. p. 1277 fqq.) *Auctoris* Ceffion d. Forderungsr. §. 15. 16.

19) *Gaji* J. IV. §. 6—9. (cf. ibi *Goefchenii* adnot. ad §. 9.) §. 16—19. J. *h. t.*

20) L. 1. pr. et §. 1. L. 75. D. *de R. V.* VI, 1. (cf. L. 11. C. *de pet. her.* III, 31.) — L. 38. pr. D. *pro foc.* XVII, 2. (Diverfa eft actionis et fpecialis et generalis notio, quae invenitur L. 1. §. 17. D. *de aq. pluv. arc. act.* XXXIX, 3.) — Cf. *Claproth* ord. Proc. II. §. 107. *Glück* Pand. Bd. III. §. 276.

21) L. 18. §. 4. D. *commod.* XIII, 6. L. 17. §. 1. *eod.* — L. 8. §. 2. D. *de negot. geft.* III, 5. L. 1. §. 8. D. *de contr. tut. act.* XXVII, 4. — §. 2. J. *de poena tem. lit.* — Cf. *Ernefti* clav. Cic. v. *judicium. Gans* l. l. §. 5. p. 107—116. — Neque vero cum actionibus hisce contrariis commifcendum eft contrarium judicium, quod ad actoris calumniam coercendam in nonnullis caufis olim valuit. *Gaji* J. IV. §. 174—181.

22) L. 37. §. 1. D. *de O. et A.* XLIV, 7. §. 7. J. *de interdictis.* (*Gaji* J. IV. §. 156—160.) L. 10. D. *fin. reg.* X, 1. („Judicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum, tale eft, ut in eo fingulae perfonae duplex jus habeant: agentis, et ejus, quocum agitur"). — Cf. tam. L. 13. in f. D. *de jud* V, 1. L. 2. in f. *comm. div.* X, 3. — *v. Savigny* d. Recht d. Befitzes §. 37. p. 370—372. (ed. IV.)

23) L. 1. pr. D. *de praefc. verb.* XIX, 5. — In factum actionis vocabulum hoc quidem loco non, ut plerumque fit a juris noftri auctoribus (§. 1. not. 9.), ad praetorias actiones referri, vix eft, quod moneamus. — vid. *Auctoris* obferv. in d. Heidelb. Jahrb. l. c. p. 67.

24) *Gaji* J. IV. § 45—47. — *Auctoris* obferv. cit. p. 50. 51. — Ceffion (ed. 2) p.

25) L. 7. §. 2. D. *de pact.* II, 14.

26) *Gaji* I. IV. §. 132. („Praescriptiones autem appellatas esse ab eo, quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est"). — Cf. *Auctoris* obs. cit. p. 71. 72.

27) L. 1. §. 1. L. 2. L. 5. §. 2. D. *de praesc. verb.*

28) L. 29. §. 7. L. 53. D. *ad Leg. Aquil.* IX, 2. L. 46. in f. D. *de hered. inst.* XXVIII, 5.

29) *Gaji* I. IV. §. 141. — cf. §. 165. not. 7. in f.

30) L. 2. C. *de pedan. jud.* III, 3. — *v. Savigny* Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter I. Bd. p. 77. 78. *v. Löhr* Uebers. d. Const. v. Theodos II. bis Justin. p. 84. — Cf. §. 8. J. *de interd.* — „quoties extra ordinem jus dicitur, *qualia sunt hodie omnia judicia.*" —

31) Nam nec prorsus insolitus erat Romanis formulae loquendi *extra ordinem* usus, ut ita loquar, vulgaris. vid. v. c. *Gellii* noct. att. XII, 13. *Suetonii* Tiber. c. 51. L. 2. §. 33. D. *de O. J.* I, 2. L. 13. C. *de rei vind.* III, 32.

32) *Ulpiani* Fragm. Tit. XXV. §. 12. — Dig. Tit. *de extraord. cognit.* L, 13. — Cf. et *Cic.* orat. part. c. 28.

33) Dig. tit. *de popularib. actionib.* XLVII, 23. — Cf. L. 42. pr. et L. 43. §. 2. D. *de proc.* III, 3. L. 30. §. 3. D. *de jurejur.* XII, 2.

34) Inst. tit. *de perpetuis et temporalib. actionib.* (et quae ad heredes et in heredes transeunt).

35) Propter verba Pauli L. 5. §. 1. in f. D. *de exercit. act.* XIV, 1. „Hoc edicto non transfertur actio, sed adjicitur."

36) Cf. *Hübner* l. l. p. 84—88.

§. 154.

*De actionibus concurrentibus *).*

Concurrentes hoc quidem loco vocamus [1]) duas pluresve actiones, quae circa eandem causam eandemve rem legibus comparatae sunt. Est vero duplex is actionum concursus: unus, cum circa eandem causam aut uni adversus plures, aut pluribus adversus unum itemque adversus plures reos, plures competunt actiones [2]); quem vocant subjectivum concursum. Quo quidem in genere alia actio aliam plerumque consumit [3]); id, quod contra accidit, cum aut ex caussis plane diversis res eadem peti potest [4]), aut plures homines, quamvis licet ex eadem debendi caussa, singuli tamen ad rei dividuae partes praestandas, tenentur [5]). Alterum est istius concursus genus, quem objectivum vocant, cum eadem est rei persona, contra quam plures eidem actori competunt actiones. Cujus quidem tres sunt species hae: et successivus,

et cumulativus, et electivus, qui dicuntur. Atque successivus est quoties altera actio alteri, de qua quidem litem instituere maxime propositum est actori, quasi praeludit eique viam munit [6]). Cumulativus est, cum pluribus actionibus aeque principalibus, aut simul, aut deinceps, solidis tamen uti potest actor [7]); electivus vero, cum altera actione aut instituta, aut repudiata, aut a judice rejecta, ad alteram confugere prohibemur. Atque de utraque posteriore specie haec inprimis tenenda sunt praecepta: I) Quoties actionum concurrentium et dissimilis est causa *proxima*, et res in quibus versantur, quaeque illis petuntur, diversae, in solidum plerumque exerceri possunt omnes [8]), nisi ita inter se contrariae sint actiones concurrentes, ut una electa obtentaque jam sua sponte altera perimatur [9]). II) Quodsi eadem est petendi causa, neque vero idem est, quod peti potest, similiter quidem omnibus actionibus experiri permittitur [10]), tamen, quoties utriusque actionis differentia in sola aestimationis diversitate posita est, major actio utique consumit minorem, hac vero prius electa, majore non nisi in id, quod amplius sit in ea, agi potest [11]). Quid? quod rejecta per judicem ipsa petendi causa ad aliam actionem confugiendi minime nobis potestas erit [12]). III) Sin res quidem una atque eadem, dissimilibus tamen ex causis peti potest, tum, siquidem altera actione rem obtinuit actor, jam sua sponte altera peremta est [13]), contra vero, cum is, penes quem est jus agendi, aut voluntate sua ab altera actione discedit, aut causa cadit, tum alteram utique retinebit [14]). Denique IV) cum et eadem agendi causa est, et eadem res, quae petatur, semper alia actio aliam consumit [15]).

*) *Herm. a Vianen* D. de concursu actionum (in *Oelrichs* thesaur. nov. Diss. in acad. Belg. hab. Vol. I. Nr. IV.) — *C. F. Savigny* D. de delictor. conc. formali §. 4—9. p. 19—46. — *Thibaut* civilist. Abh. Nr. IX.

1) Nam nec de plurium actionum in uno libello coacervatione (*a Vianen* c. I. §. 8.), nec de plurium hominum adversus eum, qui pluribus ex causis debitor est, concursu (*a Vianen* l. l. §. 11. et infra c. VI.) hic nobis erit dicendum. — Cf. et *Thibaut* p. 153—156.

2) Vid. a) infra doctrinam de correorum obligatione (Vol. III. §. 595 sqq.) — b) L. 1. §. 9. L. 18. §. 2. D. *de injur.* XLVII, 10.— c) L. 9. pr. D. *de transact.* II, 15. L. 5. C. *arbitrium tutelae* V, 51.

3) L. 5. §. 5. L. 6. §. 4. D. *nautae, caup. stabul. ut rec. rest.* IV, 9. — L. ult. C. pr. §. 1. et 2. *de furt.* VI, 2. — §. 1. J. *de duob. reis stipul. et promitt.* L. 1. §. 4. D. *de eo, per quem fact. erit, quo minus quis in jud. sistat.* II, 10. (exc. vid. in L. 11. §. 2. L. 51. in f. D. *ad leg. Aquil.* IX, 2. L. 55. §. 1. *de adm. tut.* XXVI, 7.) — L. 11. §. 8. D. *de exc. rei jud.* XLIV, 2.

4) L. 3. §. 15. D. *de tab. exhib.* XLIII, 5. — Cf. L. 108. §. 4. D. *de leg.* 1. et §. 6. J. *de leg.*

5) L. 1. C. *de transact.* II, 4. arg. L. 1. C. *inter alios acta vel judicata aliis non nocere* VII, 60.

6) L. 23. §. 5. D. *de R. V.* VI, 1. („ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur"). L. 1. L. 2. L. 3. §. 3—6. D. *ad exhib.* X, 4. — L. 16. 18. D. *de exc.* XLIV, 1. — c. 3. X. *de ord. cognit.* II, 10.

7) *a Vianen* c. III.

8) L. 2. §. 1. et 4. D. *de privat. del.* XLVII, 1. („Qui hominem subripuit et occidit, quia subripuit, furti, quia occidit Aquilia tenetur. — Item si quis subreptum flagello ceciderit, duabus actionibus tenetur: furti, et injuriarum, et si forte hunc eundem occiderit, tribus actionibus tenebitur"). — L. 27. pr. D. *ad Leg. Aquil.* L. 11. §. 2. D. *de servo corr.* XI, 3. (—„nec sufficiet alterutra actione egisse, quia altera alteram non minuit. — Quamvis enim condictione hominem, poenam autem furti actione consecutus sit, tamen et quod interest, debebit consequi actione servi corrupti." — Atque in hanc sententiam plerique interpretantur regulas L. 60. *de O. et A.* XLIV, 7. et L. 130. *de reg. jur.* traditas. — Cf. inprimis *Savigny* §. 7. p. 38 sq.

9) v. c. L. 7. D. *de lege comm.* XVIII, 3.

10) L. 32. D. *de O. et A.* §. 1. in f. J. *si quadrup. paup. fec.* L. 7. §. 1. D. *de cond. furt.* XIII, 1. L. 45. 46. D. *pro soc.* XVII, 2. L. 42. D. *loc.* XIX, 2. L. 1. §. 22. L. 2. §. 1. D. *de tut. et rat. distr.* XXVII, 3. (Cf. not. 12.) L. 54. §. 3. D. *de furt.* XLVII, 2. (Exc. habet L. 9. §. 6. *quod met. c.* IV, 2. et L. 1. §. 21. *de tut. et rat. distr.*, quem in loc. vid. *Thibaut* l. l. p. 196—200.) — Nec obstat L. 71. pr. *de furt.* („Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest, et si furti actum est, commodati actio, exstinguitur, si commodati, actioni furti exceptio objicitur"). Vid. enim *Cujacii* obs. XVII, 12. et *Thibaut* p. 168. — Ab ipsa tamen regula manifesto dissentit *Modestinus* L. 53. pr. D. *de O. et A.* cf. *Thibaut* p. 167.

11) L. 54. pr. D. *de O. et A.* L. 88. D. *de furt.* L. 7. §. 1. D. *comm.* XIII, 6. L. 47. pr. D. *pro soc.* — L. 34. in f. D. *de O. et A.* (—„si tibi commodavero vestimenta, et tu ea ruperis, utraeque — actiones rei persecutionem continent: et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur; post commodati, an Aquiliae remaneat, in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est, remanere, quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet"). L. 41. §. 1. *eod.* („Si eodem facto duae competant

actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat: si tantundem, aut minus, id consequatur.") vid. *a Vianen* c. II. §. 6. *Jo. Lud. Conradi* opusc. II. p. 270. *J. H. Klüpfel* im Archiv f. civilist. Praxis II, Nr. 23.— Cf. *Savigny* §. 6. p. 29. et *Thibaut* p. 191—194.

12) *Thibaut* p. 169. 179. et 201.

13) L. 57. D. *de reg. jur.* („Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur"). L. 51. §. 16. in f. D. *de aedil. ed.* XXI, 1. L. 2. §. 1. D. *de tut. et rat.* („Quodsi furandi animo fecit, etiam furti tenetur. Utraque autem actione obligatur, et altera alteram non tollet. *Sed et condictio ex furtiva causa competit: per quam, si consecutus fuerit pupillus quod fuerit ablatum, tollitur hoc judicium: quia nihil absit pupillo*"). L. 34. §. 1. *de O. et A.* §. 2. init. *eod.* L. 9. §. 1. *de furt.* — In quam sententiam etiam interpretanda sunt L. 71. pr. D. *de furt.* et L. 9. §. 1. D. *de trib. act.* XIV, 4. — *H. Donelli* comment. jur. civ. L. XXI. c. 3. p. 1190 (ed. Hanov.)

14) L. 18. D. *de O. et A.* — Exc. vid. L. 8. pr. C. *de codicill.* VI, 36.

15) L. 76. §. 8. D. *de leg.* II. L. 43. §. 1. D. *de reg. jur.*

§. 155.

Exceptionum genera praecipua *).

Exceptionum, sive praescriptionum [1]) sunt duo prima genera, quorum alterum ab earum fine ducitur, alterum a personis aut agentium aut excipientium. A fine exceptiones vel dilatoriae s. temporales sunt, vel peremtoriae s. perpetuae. Illae differendarum actionum causa opponuntur, ut exceptio procuratoria, pacti de non petendo temporalis, rel.; hae vero ut actio perimatur [2]). In priorum numero etiam sunt praejudicia, quae quidem hoc in loco appellamus rei allegationes, quae eo nituntur, quod causam in judicium deductam prius tractando praejudicium fiat causae majori atque graviori [3]). Alterum est divisionis genus a litigantium personis. Aliae enim dicuntur exceptiones rei cohaerentes, sive in rem, aliae personae cohaerentes. Atque proprie quidem eas in rem appellamus exceptiones, quae et debitoris successoribus fidejussoribusque dantur, et omnibus objici possunt, quicunque ex ea re agunt. Sunt tamen nonnullae in rem quidem ex ejus persona, qui [illegible]nitur, in personam autem ex parte actoris; c[illegible] [illegible] aliae reorum

quidem personis cohaerentes sunt, verumtamen adversus quemcunque agentem usus earum concessus est [4]). Praeterea exceptiones quoque, similiter ut actiones, et in rem scriptae sunt [5]), et utiles [6]), et in factum [7]), et ejusmodi, quae tempore perimantur [8]). Caeterum nemo prohibetur pluribus exceptionibus simul uti, quamvis diversae sint, cum latius utique pateant jura ad defendendum data, quam ad agendum [9]).

*) J. IV, 12. *de exceptionib.* Dig. XLIV, 1. *de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis.* Cod. VIII, 36. *de exceptionib. seu praescriptionib.*

1) v. *Gaji* inst. IV. §. 132. 133. — *Raevardi* de praejud. Lib. I. c. 7. — Cf. et *Westenberg* princ. jur. Dig. Tit. de exc. §. 45.

2) *Gaji* inst. IV. §. 120—125. §. 8—10. J. *h. t.* L. 2. §. 4. L. 3. D. *h. t.*

3) L. 54. D. *de judic.* V, 1. L. 21. D. *h. t.* („Rei majoris pecuniae prajudicium fieri videtur, cum ea quaestio in judicium deducitur, quae vel tota, vel ex aliqua parte communis est quaestioni de re majori"). — Minor igitur causa per exceptionem praejudicialem plerumque differtur. L. 16. 18. D. *h. t.* — vid. Cod. (III, 8.) *de ordine judiciorum*, et (VII, 19.) *de ordine cognitionum.* — *Savigny* de concursu delictor. formali §. 14. p. 71. sqq. — Cf. et L. 12. D. *h. t.* „Generaliter in praejudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit". Qui quidem locus ad actiones praejudiciales referendus esse videtur. Vid. *Cujac.* obs. V, 37. et *v. de Water* observ. jur. rom. II, 9. Aliter h. l. interpretatus est *Raevardus* de praejud. Lib. II. c. 2.

4) L. 7. D. *h. t.* L. 2. §. 1. 2. D. *de doli mali exc.* XLIV, 4. („Sequitur ut videamus, in quibus causis locum habeat exceptio, et quibus personis objiciatur. Et quidem illud adnotandum est, quod specialiter exprimendum est, de cujus dolo quis queratur, non in rem: si in ea re dolo malo factum est, sed sic: si in ea re nihil dolo malo actoris factum est. Docere igitur debet is, qui objicit exceptionem, dolo malo actoris factum, nec sufficiet ei, ostendere in re esse dolum, aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit enumerare: dummodo hae sint, quarum dolus noceat. Plane ex persona ejus, qui exceptionem objicit, in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris." — L. 1. §. 3. D. *quarum rerum actio non datur* XLIV, 5. (§. 78. not. 5.) cf. *Auctoris* Cession p. 537.

5) L. 4. §. 33. D. *de d. m. et m. exc.*

6) L. 41. D. *de minor.* IV, 4. L. 21. D. *de praesc. verb.* XIX, 5.

7) §. 1. J. et L. 23. in f. D. *h. t.*

8) Qua de re plura infra dicentur, in eo loco, qui est de obligationum exstinctione.

9) L. 5. 8. D. *h. t.* — L. 43. D. *de reg. jur.* („Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit." vid. *R. J. Pothier* Pand. Justin. ad Tit. de exc. Nr. IX. not. k.

§. 156.

De poena temere litigantium et de plus petitione.

Pluribus autem modis juris nostri auctores caverunt, ne facilius homines ad litigandum procederent, eo inprimis, quod temeritatem tam agentium, quam eorum cum quibus ageretur, et jurisjurandi religione, et cautionibus, et pecuniaria poena, et infamiae metu coercerent [1]. Nam 1) in litis exordio et actor juret, se non calumniandi animo litem movisse, et reus, quod non contentionis gratia, sed putans se justam defendendi causam habere, ad reluctandum pervenerit [2]. 2) Actor etiam caveat reo, se intra duos menses litem contestaturum, vel si hoc non fecerit, duplum omnis damni, quod inde eveniat, restituturum [3], reus vero, se usque ad finem litis in judicio permansurum [4]. 3) Pecuniariâ autem poenâ hoc modo coercetur litigandi temeritas, ut in quibusdam causis adversus infitiantem actio detur in duplum, velut si damni injuriae, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur [5]; in aliis poena constituta sit in eos, qui venia non impetrata adversarios in jus vocaverint [6]; praeterea ut vel pecuniae jacturam faciat, vel causae dilationem patiatur is, qui plus petiverit aut re, aut tempore, aut loco, aut causa [7]; denique ut improbus temerariusve litigator damnum et impensas litis inferre adversario cogatur [8]. 4) „Ex quibusdam causis damnati ignominiosi fiunt: veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus, pro socio, quae ab utraque parte directa est. Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti" [9]).

1) Inst. IV, 16. *de poena temere litigantium.* — De jure veteri vid. *Gaji* inst. IV. §. 171—182.

2) L. 2. C. *de jurejur. propt. calumn* II, 59. cf. Nov. 59. c. 3. et Nov. 124. c. 1.

3) Nov. 96. c. 1.

4) §. 2. J. *de satisdat.* — cf. §. 3—7. *eod.* et *Gaji* inst. IV. §. 88—102.

5) § 1. J. *h. t.* §. 25. 26. J. *de act.* (cf. *Gaji* inst. §. 9. et 171.) — Sunt tamen et aliae mendaciorum infitiationisque poenae constitutae, velut L. 11. §. 3. 4. D. *de int. in jure fac.* XI, 1. L. 25. pr. D. *de probat.* XXII, 3.

6) §. 3. in f. J. *h. t.* §. 12. J. *de act.*

7) §. 35. J. *de act.* §. 9. J. *de except.* cf. §. 24. J. *de act.* — Exc. vid. in §. 7. J. *de injur.* et L. 4. §. 3. L. 5. §. 2. D. *de in lit. jur.* XII, 3. — Cf. *Gaji* inst. IV. §. 54. 55. et §. 35. J. *de act.*

8) §. 1. in f. J. *h. t.* L. 79. D. *de jud.* V, 1. L. 5. C. *de fruct. et lit. exp.* VII, 51. (Quem quidem locum ex Basilicis restituit *Cujacius* XII. obs. 1.)

9) §. 2. J. *h. t.* cf. *Gaji* inst. IV. §. 182. — L. 1. pr. D. *de his qui not. inf.* III, 2. „Praetoris verba dicunt: — qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo et fraude *suo nomine* damnatus pactusve erit.“ cf. L. 6. §. 3. 5. 6. 7. L. 7. D. *eod.* — L. 36. D. *de O. et A.* XLIV, 7. („Cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant“). L. 26. D. *rer. amotar.* XXV, 2. — Ratio est, quod condictiones ad rem persequendam datae sunt, neque tamen ex fide bona descendunt. Cf. *Auctoris* observ. in d. Heidelb. Jahrb. p. 52.

§. 157.

*De iis, quae in litis exordio fiunt *). — Interrogationes in jure.*

Omnium autem litium instituendarum principium est in jus vocatio [1]), quam olim sequebantur et actionum exceptionumque *non vulgarium* impetratio [2]), et actionis editio [3]), et vadimonium [4]), et actionis atque exceptionum postulatio, scilicet idcirco fieri solita, ut conceptio privatorum judiciorum rite constitueretur [5]). Postea sub imperatoribus etiam litis denuntiationum, certe in plerisque causis celebrandarum, solemnitas invaluit, quae quidem Justiniani temporibus jam exolevisse videtur [6]), qui et ipse simpliciorem litium ordinandarum viam instituit [7]). Atque in eorum numero, quae in litis exordio fieri solebant, inprimis fuere et interrogationes in jure [8]), et litis contestatio, de qua quidem mox dicetur separatim. Interrogationibus autem actor (vel ipsius loco praetor) [9]), cum in personalibus actionibus, tum in heredi-

tatis petitione [10]), eum potissimum in finem utebatur, ut et de adversarii persona, quam conveniret, certus esset, et plus petitionis poenam evitaret [11]). Nascitur autem ex ejus, quocum agitur, responsione, scilicet in ipsis litium curriculis facta [12]), interrogatoria actio, quae est adjectitiae qualitatis (§. 153. nr. VIII.) Atque non solum confitendo, verum etiam et mentiendo et tacendo sese onerat is, qui interrogatus est, scilicet ut locum habeat interrogatoria actio [13]), praetereaque in solidum conveniri possunt, qui aut servum aut animal noxium suum esse falso negant [14]). Quemadmodum autem venia dignus est, qui justo errore ductus, aut certe sine dolo malo culpave huic proxima, falsam responsionem dedit [15]), ita etiam adversus interrogatoriam actionem reus uti poterit exceptionibus, quae contra principalem actionem illi comparatae sunt [16]).

*) *Ant. Hen. van Hees* D. de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante litem contestatam fiebant (in *Fellenberg* jurisprudent. antiqua T. I. Nr. IX.) — *C. F. Glück* opuscula (Fasc. I—IV. Erl. 1785—90. 8.) Fasc. II. p. 307—400.

1) §. 3. J. *de poena temere lit.* Dig. (II, 4.) et Cod. (II, 2.) *de in jus. voc.* — Dig. *Si quis in jus vocatus non ierit, sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit.* (II, 5.) — *In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent* (II, 6.) — *Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat* (II, 7.) — *De eo per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat* (II, 10) — *Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit* (II, 11.)

2) Mosaic. et Rom. LL. Coll. XII, 7. et ibi *Schulting* not. 49. Cf. supra §. 35. et ibi not. 3. 4. — L. 2. C. *de formulis sublat.* II, 58.

3) Dig. (II, 13.) et Cod. (II, 1,) *ed edendo.*

4) Quod quidem ab antiqua illa cautione de judicio sisti, quae antequam in jus ventum erat, fieri solebat, diversum fuit. v. L. 22. D. *de in jus voc.* *Gaji* inst. IV. §. 184. — Cf. et *Meister* Pr. vindex et vas (opusc. I. Nr. VI.) c. I. §. 5. et *Heineccii* antiq. jur. Rom. IV, 6. §. 20—21.; a quo dissentit *Bav. Voorda* D. de vadimonio (in *Fellenberg* jurisprud. antiqua) c. II. §. 2. sqq.

5) v. *Cic.* de inv. II, 19. et orat. part. c. 28. — cf. et *Goldschmidt* üb. Lit. Contest. u. Einr. §. 2. not. p. 7 sqq.

6) Tit. C. Th. *de denuntiatione vel edit. rescripti* II, 4. — cf. *Glück* l. l. p. 356—365. et *Auctoris* Cession. p. 65—71. (ed. 2.)

7) Nov. 53. c. 3. et Nov. 112. c. 2.

8) Dig. XI, 1. *de interrogationib. in jure faciend. et interrogatoriis actionib.*

9) L. 9. §. 1. et L. 11. §. 9. D. *h. t.* — *Glück* Pand. XI. p. 276 sqq.

10)

10) L. 1. pr. L. 7. 8. 10. *h. t.* — L. 2. et 6. *eod.* — Cf. L. 11. C. *de her. pet.* III, 31. L. 75. D. *de R. V.* VI, 1.
11) L. 1. pr. et L. 6. *h. t.*
12) De interrogationibus responsionibusque extra litem factis plerique interpretantur L. 1. §. 1. *h. t.* „Interrogatoriis actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur ante judicium de jure suo respondere." Cf. *Glück* Pand. l. c. p. 255.
13) L. 4. pr. et L. 5. L. 11. §. 1—4. D. *h. t.*
14) L. 1. §. 15. D. *si quadrup. paup. fec.* IX, 1. L. 17. D. *h. t.*
15) L. 11. §. 8. 10. 11. D. *h. t.*
16) L. 12. §. 1. *h. t.*

§. 158.

De litis contestatione *).

Litis contestatio, quae olim quidem in jure, et testes constituendo [1]) et velut contrahendo [2]) fiebat [3]), postea, sublato judiciorum privatorum ordine, per narrationem judici propositam et contradictionem a parte rei objectam fieri solita est, cui etiam ex Justiniani constitutione accedat necesse est, ut reus libello subscripserit, atque post hanc subscriptionem viginti dierum spatium transierit [4]). Attamen veteris juris ratio eatenus servata est, ut non ante judicium acceptum, i. e. litem contestatam, res in judicium deducta esse videatur [5]), nisi quod ex iis, quae olim quidem litis contestationi tribui solerent, aequitatis scilicet atque publicae utilitatis tuendae causa, alia ad editae actionis seu controversiae motae tempus translata sunt, velut temporalium actionum in perpetuarum numerum translatio [6]); alia ad id tempus, quo primum reus per judicem de lite mota certior factus est [7]), ut longi temporis praescriptionis interruptio [8]), ut malae fidei fictio, quae quidem in quibusdam causis fit [9]), ut prohibitio illa, ne rei litigiosae dominium possessiove ad alium transferatur [10]), ut aliorum judicum exclusio, quam praeventionem vocant [11]). Propria igitur litis contestationi relicta sunt duntaxat haec: 1) Obligationis novatio [12]), quacum etiam cohaerent et actionum, quae cum personis exstinguuntur in heredes transitus [13]), et procuratorum in locum dominorum litis

velut succeffio [14]), et actionum ex animalium noxis in d minos competentium confirmatio [15]), et juris eligen exftinctio [16]). 2) Alterum eft, quod poft litem co teftatam omnis caufa praeftanda fit [17]), tum etiam in judicium deductae aeftimatio, nonnumquam ex li conteftatae tempore fiat [18]). Praeterea 3) is, qui fi caufa rei defenfioni fefe obtulit, cum non poffiden lite quidem conteftata condemnandus eft, quafi po deat [19]). Nec 4) litis, feu actionis ad alios translat etiam poft litem conteftatam fieri poteft [20]). Deniq 5) exceptiones, quas quidem cognitas habet reus, p rumque ante litem conteftatam in medium proferat n ceffe eft [21]).

*) *C. G. de Winckler* Diatr. Discrimen inter litis conteftation jure veteri ac hodierno et utriusque effectus. (in opufc. a filio edit. Vol. I. — Dresd. et Lipf. 1792. 8. — p. 293 fqq.) *C. L. Goldfchmidt* über Litiscontestation u. Einreden. Frf. a. 1812. 8.

1) *Feftus* v. *conteftari*, ap. *Gothofred.* auctt. lat. ling. p. „Conteftari litem dicuntur duo aut plures adverfarii, quod dinato judicio utraque pars dicere folet: teftes eftote."

2) arg. L. 3. §. 11. D. *de pec.* XV, 1. („Nam ficut ftipulati contrahitur, ita judicio contrahi") et L. 11. §. 9. D. *de in jure fac.* XI, 1. — cf. *Winckler* Sect. II. §. 2.

3) *Cic.* or. part. c. 28. in f. — *Goldfchmidt* p. 12 — 14. et not. 1. p. 14 — 17. — Caeterum de vocabulorum *litem c teftari* et *judicium accipere* ufu v. *Winckler* Sect. I. §. 2.

4) L. un. C. *de lit. conteft.* III, 9. L. 14. §. 1. C. *de jud.* III Nov. 53. c. 3. §. 2. — De litis conteftationis, qua qui hodie utimur, forma, v. inprimis *Goldfchmidt* p. 41 fqq.

5) L. un. C. *de lit. cont.* — cf. *Glück* opufc. l. l. p. 576 fqq.

6) L. ult. in f. D. *de fidejuffor. tut.* XXVII, 7. L. 9. C. *de prae 30 vel 40 annor.* VII, 39. — L. 2. 3. C. *de annali exc.* 40. — (cf. L. 1. 2. C. *quando libellus principi datus litis teft. faciat* I, 20.) — Vid. et a) L. 7. pr. C. *de praefcr. 30 annor.* VII, 39. — b) L. 2. C. *de ann. exc.* VII, 40.

7) Quae quidem omnia ad id, quod recentiores litispendent vocant, commode poffe referri videntur. — cf. omnino cretal. (II, 16.) Lib. VI. (II, 8.) et Clement (II, 5.) *ut pendente nihil innovetur.* — Alia quaedam hac de re nupe medium protulit *Gefterding* Irrthümer etc. Nr. V. §. 1.

8) L. 3. in f. C. *de ann. exc.* VII, 40. — L. 3 et 4 C. *de prae 30 v. 40 annor.* VII, 39. — cf. L. 26. C. *de R. V.* III, L. 10. C. *de praefcr. longi temporis.* VII, 33.

9) L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. D. *de her. pet.* V, 3. L. 2. C *fruct. et lit. exp.* VII, 51. — *Winckler* S. II. §. 8.

10) L. 2. §. 4. C. *de litig.* VIII, 37. Nov. 112. c. 1.

11) L. 7. 30. 34. D. *de jud.* V, 1. — Est tamen reo potestas, lite nondum contestata judicem recusandi. Nov. 53. c. 3. §. 2.

12) L. 11. §. 1. L. 29. D. *de novat.* XLVI, 2. („Aliam caussam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est, quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem.") (Cf. *Gaji* inst. III. §. 180. 181.) — L. 86. D. *de reg. jur.* et *Winckler* S. II. §. 1.

13) §. 1. J. *de perpetuis et temporalib. actionib. et quae ad heredes et in heredes transeunt.* L. 13. pr. D. *de in jur.* XLVII, 10. L. 58. D. *de O. et A.* XLIV, 7. L. 139. pr. L. 164. D. *de reg. jur.* L. un. C. *ex delict. defunctor. in quantum heredes conveniantur* IV, 17. L. 33. D. *de O. et A.* XLIV, 7. — cf. L. 7. D. *de inoff. test.* V, 2. et L. 33. D. *de O. et A.* (v. *Ant. Augustini* emendat. Lib. I. c. II. — in *Ottonis* thes. IV. p. 1457. in f.

14) L. 11. C. *de proc.* II, 13. L. 1. C. *de sent. et interloc.* VII, 45. — *J. H. Böhmer* D. *de dominio litis* (Exerc. ad Pand. T. II. Nr. XXXII.) *Auctoris* Cession §. 6. 7. p. 42 — 62. (ed. 2.).

15) L. 1. §. 13. et 16. D. *si quadrup. paup. fec.* IX, 1.

16) L. 35. in f. D. *de leg.* I. L. 1. D. *de penu leg.* XXXIII, 9. L. 57. D. *de solut.* XLVI, 3. L. 9. D. *de V. O.* XLV, 1. — *Winckler* S. II. §. 9.

17) L. 20. D. *de rei vind.* VI, 1. L. 31. pr. *de reb. cred.* XII, 1. L. 2. L. 3. §. 1. L. 10. D. *de usur.* XXII, 1. L. 91. §. 7. *de leg.* 1. — cf. L. 20. pr. *de her. pet.* et infra §. 183. sqq.

18) L. 4. D. *de cond. trit.* XIII, 3. L. 3. §. 2. D. *commod.* XIII, 6. L. 37. D. *mandati* XVII, 1. — L. 37. pr. D. *de negot. gest.* III, 5. L. 34. pr. D. *de min.* IV, 4. — *Winckler* S. II. §. 7.

19) L. 25. D. *de R. V.* VI, 1.

20) L. 2. C. *de litig.* cf. *Auctoris* Cession §. 51.

21) L. 4. 8. 12. 13. C. *de except.* VIII, 36. L. 2. C. *sentent. rescindi non posse* VII, 50. — Rec. imp. noviss. §. 57. 58. — cf. c. 4. X. *de except.* II, 25.

§. 159.

*De probationibus *). Loci constitutio.*

Probationem, quod quidem vocabulum latissime patet [1]), hic interpretamur omnem actum, quo efficiatur, ut judici fides fiat de eorum, quae a litigantibus juris sui aut persequendi aut defendendi causa proposita sunt, veritate. Jam itaque totus de probationibus locus quatuor hisce partibus absolvitur. Prima est

de probationum caufis, altera de perfonis, quibus pr bandi neceffitas incumbat, tertia de probationum fu fidiis et velut adminiculis, poftrema de modo atque r tione, quibus et fiat probatio, et probabilitatis grad ac velut pretium aeftimetur. Atque haec pofterior pa cum tota pertineat ad judicialem rationem, ei discip nae relinquenda erit, quae eft de formula rei judici riae. De reliquis autem, quarum quidem ufus in om fere juris disciplina confpicuus eft, breviter ac fumm tim nunc dicetur.

*) Dig. (XXII, 3.) *de probationibus et praefumtionibus.* Cod. (I 19.) *de probationibus.* — *E. C. G. Schneider* vollftänd. Le vom rechtl. Beweife in bürgerl. Rechtsfachen. Gießen 18 8. — *A. D. Weber* über die Verbindl. zur Beweisführung Civilprocefs. Halle 1805. 8. *N. Borft* über die Beweislaft Civilprocefs. Bamb. 1816. 8. — *J. C. Gensler* über die B griffe: Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislaft, B weisfatz. Archiv für civilift. Praxis I. Nr. III. Nr. XI. Nr. XXIV.

1) cf. *Weber* l. l. p. 1 — 6.

§. 160.

De probationum caufis, deque iis quae non egeant probatione.

Si qua res facti, eaque talis, e qua judicandi tio, aut tota aut aliqua ex parte pendeat, dubia fit que obfcura, probationes fient neceffariae. Quem modum igitur juris quaeftiones plerumque non eg probationibus [1]), ita nec ea probanda funt, quo aut nulla omnino vis eft in re dijudicanda [2]), aut al que probationum ambagibus e medio fublata videri p eft obfcuritas atque dubitatio. Idque his maxime re fit: confeffione adverfarii, notorietate ut vocant, t etiam ratiocinationibus conclufionibusque. Atque confeffionis quidem legitime factae [3]) ea eft vis, ut vicem cedat probationis [4]), fic tamen, ut, re non d judicata, de errore admiffo legitimis probationibus d cere poffint confitentes [5]), nec jam, ut olim ii, qu jure confeffi effent, pro judicatis habendi fint [6]). C

terum advocatorum confessiones, praesentibus his, quorum causae aguntur, factae, perinde habendae sunt, ac si ab ipsis litigantibus proferantur, nisi quod triduo proximo revocare eas liceat; quod si absentes sint litium domini, nec quidquam nocebit vicariorum confessio, scilicet ante rem judicatam [7]. 2) Notorium, quod quidem a probandi onere liberet, non id appellamus, de quo quaedam serpit fama atque rumores circumferuntur, verum quod ita evidens est atque publicum, ut totius quodammodo populi testimonio et velut consensu civitatis contineatur [8]. 3) Conclusionibus res, de qua agitur, comprobatur, cum ex iis, quae certa sunt atque cognita, incerta probabiliter colliguntur. Quaecumque igitur ratiocinando inducuntur, cum ejusmodi sint, ut non plenam rei evidentiam efficiant, sed intra conjecturae terminos consistant, praesumtiones dicuntur [9]. Tres autem praesumtionum species distinguendae esse videntur: altera earum, quae non admittunt contrarii probationem, quas quidem juris et de jure praesumtiones appellare solent [10]; altera eas complectens, quae instar quidem sunt probationis, contrariis tamen probationibus elidi possunt atque tolli, quibus nomen inditum est *juris praesumtionum* [11]; tertia est, ad quam referuntur praesumtiones ejusmodi, quas vulgo vocant *hominis*, s. *simplices*, quae, licet per se quidem singulae non conficiant probationem, in gravissimis tamen probandi adminiculis saepe habendae sunt [12].

1) c. 44. X. *de appellat.* II 28. (verb.: „cum frequenter juris quaestio moveatur, cujus apud nos probationes necessariae non existunt"). — De jure singulari intelligenda est L. 5. D. *h. t.* v. *Weber* p. 19. not. 1. cf. et supra §. 59. not. 8.

2) *Schneider* §. 51. 52.

3) L. 6. §. 3. 4. 5. D. *de confessis* XLII, 2. L. 59. C. *de lib. causa* VII, 16 L. 8. C. *de juris et facti ignor.* I, 18. — L. 25. §. 4. D. *h. t.* L. 6. pr. et §. 1. D. *de confess.*

4) L. 4. pr. L. 11. §. 9. D. *de int. in jure fac.* XI, 1. L. 25. §. 4. D. *h. t.*

5) L. 7. C. *de jur. et facti ignor.* L. 25. §. 4. *h. t.* L. 13. C. *de n. n. p.* IV, 30. — cf. c. 2. *de in int. rest. in* 6. I, 21.

6) L. 1. D. *de confess.* („Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia condemnatur"). L. 56. D. *de re ju-*

dicata XLII, 1. L. un. C. *de confessis* VII, 59. L. 25. §. 1. D. *ad leg. Aquil.* IX, 1. — *Weber* IV, §. 10. p. 77 — 85.

7) L. 1. 3. C. *de errore advocator.* II, 10. — *Weber* IV. §. 11 — 15. Dissent. *Lotz* im Archiv für civilist. Praxis III. Bd. Nr. VIII.

8) *Quintil.* inst. orat. V. c. 5. — c. 5. X. *de testib.* II, 21. („Si factum est notorium, non eget testium depositionibus declarari: cum talia probationem, vel ordinem judiciorum non requirant"). c. 8. X. *de cohabitatione clericor.* III, 2. („Si crimen eorum ita publicum est, ut merito debeat appellari notorium, nec testis, nec accusator est necessarius").

9) *Weber* V. §. 1 sqq.

10) v. c. L. 5. §. 11. D. *de suis et legit. hered.* XXXVIII, 16. L. 14. C. *de n. n. p.* IV, 30. — Quae quidem praesumtiones, si vis earum spectatur atque potestas, in conjecturarum numero minime habendae sunt (cf. *Weber* V. §. 1. in f.); hanc tamen cum veris praesumtionibus habent similitudinem, quod et ipsae ratiocinationibus nituntur, iis videlicet, quibus singularem leges quandam tribuerunt vim, atque ideo a juris fictionibus (§. 97. not. 5. , facile discernuntur.

11) velut L. 12. D. *de statu homin.* I, 5. L. 6. D. *de his qui sui vel alieni jur. sunt* I, 6. L. 2. §. 1. D. *de pact.* II, 14. L. 24 *h. t.* L. 9. §. 4. L. 16. pr. L. 22. L. 23. D. *de reb. dub.* XXXIV, 5. — cf. *Schneider* §. 25 — 50. *Weber* §. 5 — 11.

12) cf. L. 26. D. *h. t.* et *Glück* Pand. Bd. XXI. p. 591 — 596.

§. 161.

Quibus omnino incumbat probandi onus.

Et in agendo, et in excipiendo suas quisque allegationes necesse habet probare, ut quemadmodum actor de intentione sua, sic is, quocum agitur, de exceptionibus judici fidem faciat [1]). Cujus regulae quis sit usus et in errorum quaestionibus, et in factorum illicitorum, et in iis, quae de negotiis probandis agitari solent, quae quidem omnia ad totam fere juris disciplinam pertinent, nunc videbimus. I) Si quis igitur aut scientiam allegat, aut errorem, vel suum, vel alienum, sive facti sit error, sive juris, sive id fiat intentionum sive exceptionum confirmandarum causa, is plerumque probandi officium suscipere tenetur [2]), nisi legum beneficio eo onere levatus sit [3]). II) Item qui de adversarii dolo vel culpa aut agit, aut excipit, judicem de allegationum veritate certum faciat [4]), nisi aut doli praesumtio insit facto, de quo quaeritur [5]), aut ea inter li-

tigantium personas intercedat juris ratio, quae efficiat, ut ad diligentiam praestandam alter alteri teneatur. Tunc enim, qui diligentiam debet, officio suo non rite defungetur, nisi aut casu mere fortuito damnum accidisse judicem edoceat, aut dolo ipsum carere, talemque se adhibuisse demonstret diligentiam, qualem in eo negotio praestare debuerit [6]). III) Quodsi quis negotium aliquod aut agendo aut excipiendo tuiturus est, tum, ut ea peractorum forma appareat, quam jura legesque desiderant, requiritur; quo quidem facto et reliqua omnia legitime esse gesta et idoneam aut personarum aut rerum esse qualitatem existimandum est [7]).

1) L. 2. D. *h. t.* („Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat"). L. 23. C. *h. t.* *Glück* Pand. Bd. XXI. p. 242—248. — L. 19. D. et L. 19. C. *h. t.* — cf. *Weber* VI. *Borst* §. 5—29.

2) vid. §. 4. J. *de legat.* L. 21. D. *h. t.* coll. cum L. 19. pr. *eod.* et L. 15. in f. D. *de oper. novi nunc.* XXXIX, 1. L. 6. C. *qui militare poss.* XII, 34. — Potest tamen quivis per suum ipsius jusjurandum, errorem esse admissum, probare. c. 4. X. *de except.* II, 25. c. 6. X. *qui accusare matrim. poss.* IV, 15. c. 4. X. *de sent. excommun.* V, 39. c. 8. *de elect.* in 6. — cf. *Thibaut* vers. Bd. II. Abh. IV. nr. VI.

3) L. 25. §. 1. D. *h. t.* — *v. Löhr* Magazin für R. W. und Gesetzgeb. IV. Bd. I. St. p. 49—53. — Archiv f. civilist. Praxis II. Bd. p. 451.

4) L. 18. §. 1. D. *h. t.* („Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet"). L. 4. C. *de edendo* II, 1.

5) velut L. 7. pr. D. *de adm. tut.* XXVI, 7. („Tutor, qui repertorium non fecit, — dolo fecisse videtur: nisi forte aliqua necessaria et justissima causa allegari possit, cur id factum non sit"). L. 36. in f. D. *de pecul.* XV, 1. cf. §. 106. not. 5. — Caeter. vid. *Hasse* Culpa d. R. R. §. 23. p. 116 sqq.

6) L. 11. D. *de per. et commodo rei vend. et trad.* XVIII, 6. L. 9. §. 4. D. *loc.* L. 11. D. *h. t.* L. 1. §. 13. D. *de magistr. conveniend.* XXVII, 8. L. 5. C. *de pign. act.* IV, 24. — vid. *Weber* VI. §. 21—25. p. 248—266. —

7) a) §. 17. J. *de inutil. stipul.* §. ult. J. *de fidejussorib.* („In stipulationibus fidejussorum sciendum est generaliter hoc accipi: ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta"). L. 30. D. *de V. O.* XLV, 1. L. 14. C. *de contr. et comm. stipul.* VIII, 38. L. 11. C. *h. t.* *Auctoris* Cession p. 577. nr. 6. (ed. 2.). — b) c. 16. X. *de praesumtionib.* II, 23. c. 3. X. *de succ. ab intest.* III, 27. — Caeterum non una est doctorum hominum his de rebus sententia. Cf. *Weber* §. 30—52. *Borst* §. 60—75. —

§. 162.

Subsidia atque adminicula probationum.

Licet omnia, quaecunque ei fini inserviant ut rei dubiae veritas eruatur, recte dicantur subsidia sive adminicula probandi, tamen pro nostro consilio ea tantum commemorasse sufficiet, quae ab ipsis litigantium personis, ut probandi oneri satisfaciant, solent adhiberi; in quibus haec maxime [1]) sunt: testes, instrumenta, jusjurandum. Atque *testes* hoc quidem loco (cf. §. 114.) intelliguntur, qui in litibus de re dubia testimonium dicant [2]). Sufficiunt autem ad fidem judici faciendam duo plerumque [3]) testes idonei, scilicet rem aliquam factam esse aut non factam uno ore affirmantes [4]). Et quidem idonei non sunt alii propter personarum reverentiam, alii propter lubricum consilii sui, alii propter notam et infamiam vitae, alii propter inimicitiam [5]); nec magis admittitur domestici testimonii fides [6]), atque multo etiam minus in re propria testis idoneus intelligitur [7]). Praeterea et fides testium et personarum cujusque conditio diligenter examinanda est judici, qui aut plane non admittat, aut cautius adhibeat eorum testimonium, quos suspicione non carere animadvertet [8]). *Instrumenta* sive tabulae [9]), ut hic dicuntur [10]), scripturae sunt quae probationibus inserviant [11]). Atque a forma [12]) aut publica sunt instrumenta, i. e. quae magistratuum tabellionumve auctoritate conscribuntur [13]), aut privata, in quibus etiam epistolae sunt [14]). Plures etiam instrumentorum species ab eorum argumento distingui possunt, ut syngraphae, ut chirographae [15]), ut apochae, ut antapochae [16]), ut rationum codices [17]). Quemadmodum autem fides habenda non est instrumentis quae indiscrete loquuntur [18]), sic etiam domestica instrumenta, i. e. privatae adnotationes, nisi aliis adjuventur adminiculis, ad probationem non sufficiunt [19]). *Jusjurandum*, quod quidem probationis causa exigitur, litis decisorium vocant, propterea quod semper transigit atque finit controversiam,

aut de ipsa causa principali, aut de incidente quadam quaestione motam (cf. §. 148.). Est autem triplex illius forma. Prima est jurisjurandi delati [20]), quod plerique vocant voluntarium [21]). Altera est forma jurisjurandi necessarii, ut a plerisque dicitur, idque judex exigit ad imperfectam probationem vel confirmandam, vel infirmandam [22]); vocant illud suppletorium, hoc vero purgatorium jusjurandum. Tertia est forma jurisjurandi in litem [23]), quo quidem dolus aut culpa lata non restituentis [24]) vel non exhibentis punitur, utpote qui tanti condemnatur, quanti actor, judice deferente [25]), in litem juraverit [26]). Potest tamen judex et modum atque taxationem jurijurando adjicere, ultra quam non juretur, et minoris condemnare reum, quam juratum est [27]). Quodsi quis vi adhibita damnum fecit, ex Zenonis constitutione (unde juramentum Zenonianum dicitur) non solum quanti ejus interest vim non esse adhibitam jurejurando aestimet actor, judice scilicet certam summam, usque ad quam juretur, praefiniente, verum etiam de ipsa rerum amissione, certe in subsidium, jurare poterit [28]). Neque vero ob damnum culpa levi datum in litem juratur, quippe quod a judice aestimandum sit [29]), nec fere in strictis judiciis hocce jusjurandum locum habet [30]), nec adversus heredem, quatenus quidem ipse dolo caret admittitur [31]). Caeteroquin haud perperam praecipi posse videtur, in litem jusjurandum esse generale quoddam doli atque contumaciae everriculum [32]), quamvis duplex illa hujus jurisjurandi notio, qua quidem jusjurandum in litem veritatis et affectionis distinguere solent, minus recte a nonnullis defenditur [33]).

1) Cf. *Martin* Lehrb. des bürgerl. Processes §. 124.

2) Dig. (XXII, 5.) et Cod. (IV, 20.) *de testibus*.

3) Nonnumquam etiam probationum causa plures requiruntur testes. v. c. L. 15. §. 1. L. 18. C. *h. t.*

4) L. 12. D. *h. t.*

5) L. 3. §. 5. D. *h. t.* — L. 6. 12. C. *eod.* — L. 20. D. *eod.* — L. 15. 20. 21. pr. D. *h. t.* L. 2. D. *de senator.* I, 9. — L. 17. C. *h. t.*

6) L. 8. C. *h. t.* — L. 6. D. *eod.* („Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, ut testes fiant"). L. 6. C. *eod.*

7) L. 10. D. et L. 10. C. *h. t.*

8) L. 3. pr. §. 1 — 3. L. 13. D. *h. t.* — cf. *Spangenberg* im Arch. f. civ. Pr. VI. nr. XI.

9) v. *Brisson.* de V. S. voce *tabula* §. 1. 2.

10) Nam generalior etiam est hujus vocabuli notio, de qua vid. *Quinctiliani* instit. orat. V. c. 9. — Cf. *Gensler* l. c. p. 55 sqq.

11) Dig. (XXII, 4.) et Cod. (IV, 21.) *de fide instrumentorum.*

12) De instrumentorum, quae quidem super negotiis conficiuntur, forma communi vid. *Pauli* rec. sent. Lib. V. Tit. 25. §. 6. L. 17. C. *h. t.* Nov. 72. c. 1 — 4. Nov. 90. c. 2.

13) Nov. 73. c. 5. — Nov. 47. Nov. 73. c. 7.

14) L. 26. §. 2. D. *depos.* XVI, 3. L. 54. L. ult. D. *mandati* XVII, 1. L. 29. pr. D. *h. t.*

15) vid. *Asconius* in Cic. or. I. contra Verrem. — L. 47. §. 1. D. *de pact.* II, 14. L. 41. §. 2. D. *de usur.* XXII, 1. — *de Savigny* üb. d. Literalcontr. der Römer p. 8.

16) L. 19. C. *h. t.* — *Brisson.* v. apocha §. 2.

17) cf. L. 4. C. *h. t.* et supra §. 129.

18) L. 25. §. 4. D. *de probat.* c. 14. X. *de fide instrum.* II, 22. — *Glück* Pand. Bd. XXI. p. 383. 84. p. 389. 90.

19) L. 5. 6. 7. C. *h. t.*

20) L. 34. §. 6 — 9. D. *de jurejur.* XII, 2. L. 12. C. *eod.* IV, 1. — cf. L. 3. pr. D. *h. t.* („Si reus juravit, nemine ei jusjurandum deferente, Praetor id jusjurandum non tuebitur: sibi enim juravit; alioquin facillime quisque ad jusjurandum decurrens, nemine sibi deferente jusjurandum, oneribus actionum se liberabit"). Exc. vid. §. 161. not. 2. in f.

21) At de nomine non utique inter se consentiunt JCti. Vid. v. c. *Westenberg* princip. jur. Dig. XII. Tit. 2. §. 21. 38. et 40.

22) L. 31. D. *de jurejur.* L. 3. C. *eod.* cf. *Malblanc* doctr. de jurejur. §. 70 sqq. et §. 109 sqq.

23) Dig. (XII, 3.) et Cod. (V, 53.) *de in litem jurando.* *H. Donelli* comment. jur. civ. Lib. XXVI. c. 6. — 12. — *F. K. L. Drummer* Theorie des Würderungseides. Bamb. 1806. 8. (cf. *Glück* Pand. XII. §. 813. not. 91.)

24) Scilicet animadvertendum est, restituendi verbo id utique contineri, ut ea, quae antea fuit, rei vel juris conditio instauretur. L. 7. D. *si servit. vindicet.* VIII, 5. L. 15. §. 7 — 9. D. *quod vi aut clam.* XLIII, 24. — cf. not. 32.

25) L. 4. §. 1. D. *h. t.*

26) L. 1. 2. 3. L. 5. pr. §. 4. L. 10. D. *h. t.* L. 1. et 2. C. *eod.* (— — „Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis convincitur, omissa jurisjurandi facultate, judex de veritate cognoscet"). — L. 18. pr. D. *de dolo malo* IV, 3. L. 25. §. 10. D. *de hered. pet.* V, 3. L. 68. D. *de R. V.* VI, 1. L. 5. §. 2. D. *ad exhib.* X, 4. L. 7. pr. *de adm. et per. tut.* —

27) L. 4. §. 2. 3. L. 5 §. 1. 2. D. *h. t.* L. 3. §. 2. D. *ad exhib.* L. ult. §. 14. in f. C. *de jure delib.* VI, 30. — Caeter.

vid. L. 68. D. *de R. V.* VI, 1. Quem in locum cf. *Glück* l. l. §. 817.

28) L. 9. C. *unde vi* VIII, 4. c. ult. X. *de his quae vi metusve causa fiunt.* — *Savigny* Besitz §. 40. p. 468. — *Drummer* l. l. §. 35. Cui proxime accedit facultas in rerum depositarum repetitione actori competens ex L. 1. §. 41. D. *depositi* XVI, 3. — vid. tam. *Glück* Pand. Bd. XII. p. 579.

29) L. 2. §. 1. L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. D. *h. t.* L. 2. C. *eod.*

30) L. 5. §. 4. L. 6. D. *h. t.*

31) L. 4. C. *h. t.*

32) Licet enim plerumque juris nostri auctores de dolo et contumacia aut non restituentis aut non exhibentis loquantur, tamen id nec perpetuum est, (vid. enim L. 5. §. 4. D. *h. t.* L. 7. pr. D. *de administr. tut.* XXVI, 7.), nec omnino obstat nostrae sententiae, scil. propter generaliorem *restituendi* significationem (not. 24). Neque vero contra nos facit L. 4. C. *de a. e. v.* IV, 49. („Si traditio rei venditae juxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat: *quanti interesse compleri emtionem fuerit arbitratus praeses* provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere oportebit"). Caeter. vid. *H. Donellus* l. c. c. 8. *Bachov.* de actionib. Disp. VII. P. I. nr. 16. *J. F. Eisenhart.* D. de jurejur. in litum affectionis in emt. vend. cessante (opusc. Nr. V.). *Drummer* l. l. §. 16. nr. 1 et §. 21. — De eo etiam disputatur, utrum in contrariis actionibus locum habeat in litem jusjurandum, propter L. 5. pr. D. *depos.* XVI, 3. cf. *Glück* l. l. p. 420 sq.

33) cf. *Drummer* l. c. §. 14. 18.

§. 163.

De sententia et re judicata *).

Judicis sententia, quae neque contra jus aperte scriptum lata est, nec juris formam necessariam offendit, nec provocatione suspenditur [1]), rei judicatae auctoritate nititur, i. e. pro veritate habetur [2]); sic tamen, ut res inter alios acta atque judicata, aliis neque prodesse neque nocere soleat [3]). Nascitur vero ex re judicata et actio, scilicet adversus eum competens, qui rite condemnatus est, et exceptio, quae quidem impertitur reo, quem judex sententia sua absolvit; de qua tamen in inferiore hujus disciplinae parte commodior erit dicendi locus (cf. §. 154. not. 8.). Atque rei judicatae actio, quae est adjectitiae qualitatis [4]), judicati persequendi causa actori comparata est, qua quidem post legitimum demum tempus, in personalibus causis

indultum reis, utatur [5]). Quodsi itaque post tempus induciarum obtemperatum non est sententiae, et usuras centesimas actori inferre tenetur reus [6]), et sententia mandatur exsecutioni. Debet autem judex, quatenus id omnino fieri potest, ejus rei, de qua agitur, etsi de re incerta apud eum actum sit, certam summam in sententia sua constituere [7]); scilicet quo paratior sit atque expeditior via ad exsequendam sententiam. Est autem in sententiis exsequendis certus ordo servandus, certique sunt exsecutionum modi praefiniti [8]), velut hi: rei, quae restituenda est, a possessore ad victorem translatio [9]), pignorum capio atque distractio [10]), missio in debitoris bona (§. 167. 168.), quae quidem omnia longius prosequi hujus non est loci.

*) Dig. (XLII, 1.) *de re judicata et de effectu sententiarum* (XLIV, 2.) *de except. rei judicatae.* — Cod. (VII, 45.) *de sententiis et interlocutionib.* (XVII, 52.), *de re judicata* (VII, 53.), *de exsecutione rei judicatae.* — *Fr. Duareni* Praelect. ad Tit. D. de re jud. (opp. p. 665 — 702.) *Fr. Ramos del Manzano* recitat. ad eund. tit. (thes. *Meerm.* T. VII. p. 115 — 156.)

1) Tit. Dig. *Quae sententiae sine apell. resc.* XLIX, 8. L. 5. C. *de jurisd. omn. jud.* III, 13. Tit. Cod. *Quando provocare non est necesse* VII, 64. — Nov. 23. c. 1. c. 15. X. *de sent. et re jud.* II, 27.

2) L. 207. D. *de reg. jur.* L. 56. D. *de re jud.* L. 12. §. 5. D. *de bon. libert.* XXXVIII, 2. — L. 25. D. *de statu homin.* I, 5. L. 36. D. *fam. ercisc.* X, 2. L. 29. §. 5. D. *mandati* XVII, 1. L. 7. C. *de jur. et fact. ignor.* I, 18. L. 1. C. *de cond. ind.* IV, 5. Tit. Cod. *sentent. rescindi non posse* VII, 50. — cf. L. 1. C. *de jur. et facti ign.* L. 1. §. 4. C. *si adv. rem jud.* II, 27. Tit. Cod. *si ex fals. instrum. vel testimon. judicatum sit.* II, 58. — v. Archiv f. civilist. Prax. II. Bd. p. 567. 68.

3) L. 63. D. *de re jud.* L. 1. D. *de exc. rei jud.* Tit. Cod. *Quibus res judicata non nocet* VII, 56. et *inter alios acta vel judicata aliis non nocere* VII, 60. L. 16. D. *qui pot. in pign.* XX, 4. — Exc. vid. L. 63. D. *de re jud.* L. 25. D. *de statu homin.* L. 1. §. 16. L. 5. pr. D. *de agnosc. vel alend. liber.* XXV, 3. L. 4. D. *expil. hered.* XLVII, 19. — *Sam. Stryk* D. de auctoritate rei judicatae contra tertium. Hal. 1707. 4.

4) L. 3. §. 11. D. *de pecul.* XV, 1. cf. *Gaji* inst. III. §. 180. (v. supra §. 155. in f.)

5) L. 31. D. *de re jud.* L. 2. 3. C. *de usur. rei jud.* VII, 54. L. 2. D. *de re jud.* — L. 4. §. 5. et 7. L. 7. D. *eod.* (cf. *Gaji* inst. IV. §. 114. et §. 2. J. *de perp. et temp. act.*) — §. 2. J. *de off. jud.* — L. 29. D. *de re jud.*

6) Tit. Cod. *de usur. rei jud.* — cf. infra §. 181.

7) §. 52. I. de act. (cf. Gaji inst. IV. §. 52.) — L. 2. L. 4. C. de sent. quae sine certa quantitate profertur. VII, 46.
8) L. 4. C. de exsecut. rei jud. VII, 55.
9) L. 68. D. de R. V.
10) L. 15. §. 2 — 12. D. de re jud. Tit. Cod. si in causa judicati pignus captum sit. VIII, 23.

§. 164.

De condemnatione in id, quod facere potest debitor. (Beneficium competentiae) *).

Sunt qui in id quod facere possunt condemnentur, quibus tantum relinquendum est bonorum, quantum sufficiat, ne plane egeant [1]), ea tamen lege, ut de solido persolvendo, si quandoque ad meliorem fortunam pervenerint, creditoribus caveant [2]). Quo quidem beneficio hae fruuntur personae: 1) parentes [3]), 2) fratres [4]), 3) patronus, patrona liberique eorum et parentes [5]), 4) conjuges [6]), 5) socer, siquidem dos aut manente matrimonio ab eo petitur, aut eodem soluto repetitur [7]), 6) socii, qui pro socio conveniuntur, sive universorum bonorum sint socii, sive unius tantum rei, vel causae [8]), 7) milites, qui sub armata militia stipendia meruerunt [9]), 8) donatores, qui ex causa donationis conveniuntur, et quidem hi soli deducto aere alieno [10]), 9) is, qui aut emancipatus est, aut exheredatus, aut paterna hereditate se abstinuit, scilicet ejus aeris alieni nomine, quod, cum esset in patria potestate, contraxit [11]), denique 10) qui bonis cesserunt, si quid postea adquisierint, non nisi in id quod facere possunt condemnantur [12]). Caeterum beneficium hocce competentiae, ut a recentioribus vocatur, his potissimum legibus continetur: 1) Solius exceptionis terminis circumscribitur, atque ideo, qui solidum solvit, nihil potest repetere [13]). 2) Personis eorum, quibuscum agitur, cohaeret, imo, interdum etiam certis tantum agentium personis opponi potest [14]). 3) Neque ad causas similes transferri, nec ampliari debet istoc beneficium, cum jure singulari nitatur [15]), unde appare-

nullo jure defendi posse *jus interveniendi*, ut a quibusdam dicitur, i. e. facultas debitoris nomine petendi beneficium competentiae, quam illis tribuere solent, quorum interest ne egeat debitor [16]). 4) Cessat competentiae beneficium cum ob dolum a debitore in ea re admissum, tum in obligationibus ex delictis oriundis [17]).

*) *Fr. Ramos del Manzano* in append. recit. ad tit. de re jud. (thes. *Meerm.* T. VII. p. 157 sqq.). *J. B. de Wernher* de beneficio competentiae (adj. select. obs. for. T. II. P. VII. obs. 85. p. 227 sqq.) — *Jo. Aug. Hellfeld* D. de beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii jure (in opusc. jur. civ. priv. Nr. XXV.) *C. C. Dabelow* ausführl. Entw. d. Lehre v. Conc. d. Gläubiger c. 7. p. 159 — 175.

1) L. 173. pr. D. *de reg. jur.* L. 19. in f. D. *h. t.* (*de re jud.*) — Dissent. *Schömann* Handb. d. Civilr. Bd. II. Nr. V. Sed vid. *Thibaut* civilist. Abh. Nr. XVI. p. 546 — 549.

2) L. un. §. 7. C. *de rei ux. act.* V, 13. L. 63. §. 4. D. *pro soc.* XVII, 2.

3) L. 16. in f. D. *h. t.*

4) L. 63. pr. in f. D. *pro soc.* („hoc enim summam rationem habet, cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat"). cf. *Thibaut* log. Ausleg. ed. 2. p. 63. 64.

5) L. 17. D. *h. t.*

6) §. 37. J. *de act.* L. 27. in f. L. 20. D. *h. t.* cf. *Cujacii* obs. XXIV. obs. 38.

7) L. 21. 22. D. *h. t.* L. 15. §. 2. L. 16. 17. pr. D. *soluto matrim.* XXIV, 3.

8) L. 63. pr. D. *pro soc.* („Verum est, quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id, quod facere possunt, quodve dolo malo fecerint, quo minus possint, condemnari oportere"). Quod Ulpiani praeceptum, quomodo conciliandum sit cum L. 16. D. *h. t.* („Socium autem omnium bonorum accipiendum est"), quae eundem Ulpianum habet auctorem, vid. *Glück* Pand. Bd. XV. p. 427 — 431. ibiq. cit. scriptores; quibus addend. *Gans* et *Gensler* im Archiv f. civil. Praxis Bd. II. Nr. 21. 22. 33.

9) L. 6. 18. D. *h. t.*

10) L. 19. §. 1. L. 50. L. 41. L. 49. in f. *h. t.* L. 28. D. *de reg. jur.*

11) L. 2. 4. 5. 6. D. *quod cum eo, qui in al. pot. est negot. gest. esse dic.* XIV, 5. L. 10. et 49. D. *h. t.* — Cf. L. 5. D. *quod cum eo* etc. („Sed an hic detrahi debeat, quod aliis debetur, tractari potest. Et siquidem sint creditores, qui, cum esset alienae potestatis, cum eo contraxerunt, recte dicetur, occupantis meliorem esse conditionem: *nisi si quis privilegiarius veniat; hujus enim non sine ratione prioris ratio habetur.* Quodsi qui sint, qui posteaquam sui juris factus est, cum eo contraxerunt, puto horum rationem habendam"). vid. *Glück* Pand. Bd. XIV. p. 294 — 298.

12) L. 4. 6. D. *de cess. bonor.* L. 5. C. *de bon. auct. jud. possid.* VII, 72. — *Thibautii* disquis. über das Verhältniss und die Rechte neuer und alter Gläubiger bei einer abermal. Verarmung des Gemeinschuldners. (civ. Abh. nr. XVI.) — Caeter. cf. et §. 202. not. 7.

13) L. 8. 9. D. *de cond. ind.* XII, 6.

14) L. 12. 15. D. *sol. matrim.* XXIV, 3. L. 23 — 25. D. *h. t.* L. 7. pr. D. *de exc.* XLIV, 1. — L. 41. pr. D. *h. t.* — Cf. *Auctoris* Pr. de jure ej. cui act. cessit creditor. IV. §. 6.

15) Cf. §. 64. not. 11.

16) In alia omnia discedit *Hellfeld* l. c. — Cf. etiam *Dabelow* Concours p. 506 — 514.

17) L. 4. §. 1. 2. L. 6. D. *quod cum eo* etc. L. 65. pr. et §. 7. D. *pro soc.* — L. 22. §. 1. L. 51. D. *h. t.* L. 52. *eod.* („Si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam videatur ea quoque actio praecedentis societatis vitae caussam habuisse, in solidum condemnari debet: *quoniam ex male contractu et delicto oritur*"). Vid. *Duareni* comment. ad h. l. (in opp. p. 695.) et *Pothier* Pand. Justin. Tit. de re jud. Nr. 69. not. k.

§. 165.

Singularum quarumdam caussarum in foro tractandarum ratio. I) *Interdicta* *).

Interdicta sunt formulae, quibus is, apud quem caussa agitur, aut jubet aliquid fieri, aut fieri vetat [1]). Summa autem interdictorum divisio in tres species diducitur: sunt enim aut prohibitoria, aut restitutoria, aut exhibitoria [2]). Atque prioris utriusque speciei interdicta alia quidem ad possessionis caussam referenda sunt, alia ex aliis caussis descendunt, velut interdictum quod vi aut clam, de arboribus caedendis, de glande legenda, de migrando et quae eorum sunt similia [3]). Ex priore autem genere quaedam adipiscendae possessionis sunt, quaedam ipso possessionis jure nituntur, retinendae scilicet et recuperandae possessionis interdicta [4]). Caeteroquin quod ad viam atque rationem interdictorum caussas in foro tractandi attinet, olim quidem, nisi actoris juri concederet seque victum confiteretur reus [5]), editis interdictorum formulis apud judicem arbitrumve litigatum est [6]); ex quo vero sublatus fuit judiciorum ordo (§. 53. V.), in actionum genus strictim atque breviter peragendarum translata sunt interdicta, qua-

rum quidem id maxime proprium est, ut jam in litis exordio judex aut fieri aliquid jubeat, aut prohibeat ne fiat [7]).

*) Dig. (XLIII, 1.) *de interdictis sive extraordinariis actionib. quae pro his competunt.* Cod. (VIII, 1.) *de interdictis.* Inst. (IV, 15.) *de interdictis.* (*Gaji* inst. IV. §. 139 sqq.)

1) *Gaji* inst. IV. §. 139. Pr. J. *h. t.*

2) §. 1. J. *h. t.* L. 1. §. 1. D. *h. t.* („— sunt tamen quaedam interdicta et mixta, quae et prohibitoria sunt, et exhibitoria." cf. *Glossa* ad h. l.)

3) Dig. XLIII. T. 4. 6 — 15. 24. 25. 27. 28. 52. L. 20. D. *de O. N. N.* XXXIX, 1.

4) §. 2 — 6. J. *h. t.* L. 2. §. 5. D. *h. t.* — cf. L. ult. in f. D. *de servit.* VIII, 1. *Gaji* J. IV. §. 145. *Savigny* Besitz §. 35.

5) L. 6. §. 2. D. *de confess.* XLII, 2. — cf. L. 1. §. 1. D. *de tab. exhib.* XLIII, 5.

6) *Gaji* J. IV. §. 141. 163 — 170. *Theophili* Paraphr. ad pr. et §. J. *h. t.* — *Haubold* in der Zeitschr. für geschichtl. R. W. III. Bd. Nr. XII.

7) §. 8. J. *h. t.* („De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset"). L. 5. 4. C. *h. t.* — *Savigny* Besitz §. 34. qui quidem breviter ac summatim peragenda apud judicem interdicta fuisse negat, ed. IV. p. 349.

§. 166.

II) *Missiones in bona* *).

Missiones in bona idcirco fieri solent, ut vel jus nobis conservetur, vel adversarii contumacia coerceatur. Neque vero decernitur missio, nisi jus aliquod, saltem conditionale [1]), ei competere probabile fiat, qui in possessionem mitti desideret; qua de re is, ad quem pertinet jurisdictio, summatim cognoscat [2]). Praeterea causa adsit missionis legitima, quae quadruplex est. Aut enim rei, i. e. crediti servandi causa in possessionem mittimur, aut legatorum sive fideicommissorum servandorum gratia, aut damni infecti nomine, aut hereditatis tuendae causa [3]). Ex *priore* illo *genere* hae fere causae missionum petendarum decernendarumve esse solent: 1) Quod is, qui judicii sistendi causa fidejussores dederit,

rit,

§. 387.

De jure servitutum praecepta communia.

1) Servitutem nemo pati cogitur, nisi cui jure imposita est servitus [1]). Cui etiam convenit, ut in ambiguis servitutum quaestionibus semper id accipiatur, quod minimum est [2]). Quemadmodum autem lege nonnumquam jura constituuntur liberum dominii usum impedientia eaque servitutum similia [3]), sic etiam rerum qualitate ac situ potest evenire, ut altera velut servire naturâ alteri videatur; quam quidem naturalem servitutem, licet minus proprie, vocant [4]). 2) Servitutem res debet non homo [5]); ex quo etiam illud efficitur: in faciendo consistere non posse servitutem [6]). 3) Propria res nemini servit [7]); nec magis 4) servitutis esse potest servitus [8]). 5) Jus servitutis, nisi utile est aliquâ saltem ratione, nullum esse potest [9]); quod tamen nihil impedit, quo minus etiam amoenitatis voluptatisque gratia servitutes liceat comparare [10]). 6) Divisionem servitus, siquidem ab usufructu discesseris, non recipit, ne pro indiviso quidem [11]). Cui conveniens est, ut nec exerceri per partes [12]), nec acquiri [13]), nec amitti servitus possit [14]). Neque vero eo, quod certis regionibus inter plures dividitur fundus, etiam ipsius divisio fit servitutis [15]), quamvis licet fieri possit, ut usus quidem juris et temporibus secernatur, et loco circumscribatur, et modo concludatur ac velut finibus terminetur [16]). 7) Est etiam servitutis quasi possessio, quae quidem ipsius usu continetur [17]). Uti autem jure civiliter is debet, ad quem servitus pertinet, nec ultra quam res poscit servientis rei dominum ab ejusdem juris usu prohibere [18]). Contra vero, dominus qui est rei servae, non solum nihil debet facere, quo impediatur servitutis usus, verum etiam adminicula concedere ejusmodi, sine quibus commode usurus non est is, cui debetur servitus [19]).

1) L. 9. 14. D. *de S. P. U.* VIII. 2. L. 16. D. *de S. P. R.* VIII, 5. L. 4. 6. 8. 9. 11. C. *de servit. et aqua* III, 34. cf. §. 126. nr. 2. not. 3. Sed. vid. etiam ibid. not. 4 et L. 8. §. 5 sqq. D. *si serv. vind.* VIII, 5.

2) cf. §. 554. not. 5. et add. L. 20. §. 4. 5. D. *de S. P. U.* VIII,

3) Vid. §. 557. not. 1. et L. 10 in f. D. *de S. P. U.* VIII, 2. L. 1 pr. *eod.* (cf. §. 389. not. 15 et 390). L. 15. §. 1. D. *comm. praed.* VIII, 4. — Vid. et infr. not. 17.

4) Arg. L. 1. §. 22. D. *de aq. pluv. arc. act.* XXXIX, 3. — *Hertius* de servitute naturaliter constituta (opusc. Vol. II. T. p. 65 sqq.) Sect. II.

5) L. 19. D. *quib. mod. us. fr. amitt.* VII, 4. L. 23. §. 2. D. *S. P. R.* VIII, 3.

6) L. 15. §. 1. D. *de servit.* L. 6. §. 2. D. *si serv. vind.* VIII, 5. L. 28. D. *de S. P. U.* — L. 81. §. 1. D. *de ctr. emt.* XVIII, — cf. *Thib.* Vers. I, 2. *Weber* ad *Höpfner.* §. 351. not. *Schrader* l. l. §. 4. *Hufeland* üb. d. eigenthüml. Geist d. R. II. Nr. IX. p. 98 sqq. *Dernburg* Gesch. d. Test. (Bonn 18 p. 145 sq. — (Caeter. vid. L. 14. §. 2. D. *de munerib.* L. 4. et ult. C. *de fund. patrim.* XI, 61).

7) L. 5. pr. D. *si ususfr. petet.* VII, 6. L. 35. §. 1. D. *de S. P.* VIII, 3. — L. 26. D. *de S. P. U.* VIII, 2. — Caeter. vi a) L. 8. §. 1. D. *de servit.* (cf. infra not. 15 b.) — b) L. D. *de S. P. U.* VIII, 2. „Eos, qui jus luminis immittendi habuerunt, aperto pariete communi nullo jure fenestras imm fisse respondi." — *Hauboldi* exerc. Vitruvianar. Sp. I. II et Lips. 1821. — De loci lect. vid. *Noodt* ad Pand. Tit. *de S. P.* §. *Tantum.* *Griesinger* de serv. lumin. p. 285 sqq. *Haub.* Sp. I. p. 16. not. k.

8) L. 1. D. *de usu et usufr. — per legat. dat.* XXXIII, 2. „ usus, nec ususfructus itineris, actus, viae, aquaeductus leg potest, quia servitus servitutis esse non potest: nec erit utile Scto, quo cavetur, ut omnium, quae in bonis sint, ususfru legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit: incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vive eundi, agendi, ducendi facultatem praestet, aut ea serv constituatur sub hac cautione, ut, si decesserit legatarius, capite deminutus ex causa fuerit, restituatur." (*Stever* c. 5—6.) L. 55. §. 1. D. *de S. P. R.* (*Westphal* §. 538). — et L. 24. D. *de S. P. R.* cum L. 1. §. 16. D. *de aq. quot. et* XLIII, 20. — *Jac. Labitti* us. indic. Pandectar. C. V. § (in *Wielingii* jpdt. rest. parte poster. p. 114). — *Ulr. Hube* L. 24. cit. (Eunom. Rom. p. 384 sq.) — *Thibaut* Vers. I, p. 9 sqq. (ed. 2). — *Schrader* l. l. §. 7.

9) Vid. §. 131. not. 2. — cf. L. 14. §. 3. D. *de alim. vel cib.* XXXIV, 1. „Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aqu quoque, per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fid commisso, cum in ea regione Africae vel forte Aegypti res proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id qu querit, sive non: ut sit in fideicommisso, quanto quis a sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommi quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis reli (Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam adpulsus, est vitus, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvas premendi, vel ar tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda uten

haec enim aqua personae relinquitur." — Vid. *Westphal.* §. 63. — Aliter h. l. explicant scriptor. a *Glückio* IX. p. 20. not. 52 sqq. p. 158. not. 54. laudati. Vid. et *Thib.* Pand. §. 606. not. m. — cfr. §. seq. not. 3.

10) v. c. L. 5. L. 15. D. *de S. P. U.* VIII, 2. L. 8. §. 1. D. *si serv. vind.* VIII, 5. L. 3. pr. D. *de aq. quot.* XLIII, 20.

11) L. 17. D. *de servit.* L. 1. §. 9. D. *ad L. Falcid.* XXXV, 2. L. 19. D. *de usu et hab.* VII, 28. L. 6. §. 4. D. *si serv. vind.* VIII, 5. — *Vinnii* sel. qu. I, 8. („Ususfructus sitne dividuus an individuus?"). — *Schrader* l. l. §. 5.

12) L. 4. §. 3. 4. L. 6. §. 4. D. *si serv. vind.* L. 25. §. 9. 10. D. *fam. erc.* X, 2. (cf. §. 200 in f.). — Caeter. vid. L. 4. §. 3. D. *si serv. vind.*

13) L. 11. D. *de serv.* L. 2. *eod.* L. 19. L. 34. D. *de S. P. R.* L. 5 in f. L. 6. §. 1. 3. D. *comm. pr.* VIII, 4. L. 3. D. *de serv. leg.* XXXIII, 3. cf. *Rubo* scr. supr. (§. 95. not. *)) laud. p. 125. not. *. — Caeter. vid. a) L. 32. D. *de S. P. R.* — b) L. 8. §. 1. D. *de servit.* L. 2. §. 2. L. 140. §. 2. D. *de V. O.* XLV, 1. — c) L. 17. *eod.* — d) L. 18. D. *comm. praed.* (Vid. *Glück* in additam. ad T. IX. Pand.) L. 11. D. *de S. P. R.* (*Labittus* us. ind. Pand. c. 3. §. 52. l. l. p. 52).

14) L. 5. L. 8. §. 1. D. *quemadm. serv. amitt.* VIII, 6. L. 18. D. *de S. P. R.* — cf. not. 13. b.

15) L. 23. §. 3. D. *de S. P. R.* (*Rubo* l. l. p. 127 sqq.) — L. 25. *eod.* — cf. *Westphal* §. 588.

16) L. 4. §. 2. L. 5. §. 1. D. *de servit.* L. 19. §. 4. D. *comm. div.* X, 3. L. 4. §. 1. D. *de serv.*

17) L. 10. pr. D. *si serv. vind.* L. 20. D. *de servit.* L. 20. pr. D. *de S. P. U.* VIII, 2. (cf. §. 345. not. 4).

18) a) L. 9. D. *de serv.* L. 20. §. 1. *de S. P. U.* L. 4. §. 1. L. 5. §. 1. D. *de itin. actuq. priv.* XLIII, 19. — b) L. 13. §. 1 in f. D. *comm. praed.*

19) L. 10. D. *de servit.* L. 3. §. 3. L. 13. §. 1. L. 14. D. *de S. P. R.* L. 11. D. *comm. praed.* L. 3. §. 16. L. 4. pr. *de itin. actuq. priv.* — *Hufeland* l. l. p. 110 sqq.

§. 388.

Communia de praediorum servitutibus praecepta *).

In praediorum servitutibus duo spectantur praedia: alterum, quod servit, alterum, cui servitus debetur [1]), quod quidem dominans praedium vulgo vocant. Itemque duplex est harum servitutum forma: una praediorum urbanorum, altera rusticorum. Cujus utriusque natura ac ratio his potissimum legibus continetur: 1) Praedio cohaerent servitutes tamquam personae, hoc pacto, ut absque illo cedi aliis nequeant [2]). 2) Non ultra potest

servitus imponi, quam quatenus ad ipsius fundi utilitatem opus est [3]); atque ea etiam causâ est, quare aut contigua aut certe vicina debeant esse praedia, quorum alterum alteri serviat [4]). Praeterea 3) et perpetua servitutum causa subesse debet [5]), nec vero diei aut conditionis adjectionem admittunt hujusmodi servitutes, utique ex juris antiqui ratione [6]). — Caeterum eam, quam supra (§. 386 in f.) commemoravimus, servitutum in regulares atque irregulares divisionem, etiam in hunc locum licebit referre, siquidem fieri potest, ut, quae ad alterutrum praediorum genus fere solent pertinere, etiam iis acquirantur praediis, quae in altero sunt genere, scil. hoc pacto, ut nihilominus in retineantur, quae cujusque sint propria servitutis [7]).

*) Dig. (VIII, 4). *Commun. praedior. tam urbanor. quam rusticor.*

1) L. 1. §. 1. D. *h. t.* — L. 23. §. 2. D. *de S. P. R.* VIII, 3. L. 20. §. 1. D. *de a. v. d.* XLI, 1. L. 140. §. 2 in f. D. *de V. O.* XLV, 1.

2) L. 36. D. *de S. P. R.* L. 44. D. *loc.* XIX, 2. L. 11. §. ult. D. *de pign.* XX, 1.

3) L. 5. D. *de S. P. R.* L. 6. *eod.* — L. 8. pr. D. *de serv.* „Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest." (cf. *Noodt* probabil. I. c. 2. 3. *Thibaut* Vers. I, 1. *Schrader* Abh. II. Nr. VI.) — L. 19. *eod.* „Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo,' veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit: quaedam enim habere possumus, etsi ea nobis utilia non sunt." (Vid. *Löhr* Mag. III. Nr. XVI, 3. A quo dissent. *Thibaut* civ. Abh. Nr. III.)

4) L. 5. §. 1. D. *de S. P. R.* L. 12. D. *de pign.* XX, 1. — L. 38. L. 39. D. *de S. P. U.* L. 7. §. 1. D. *h. t.* L. 5. L. 6. pr. D. *si serv. vind.* VIII, 5. — L. 38. D. *de S. P. R.* (cf. *E. Merillii* lib. sing. different. jur. c. 6. *Westphal* §. 582). L. 17. §. 3. D. *de aq. pl. arc. act.* XXXIX, 3. — *Zachariae* l. l. §. 12. *Schrader* Abh. II. Nr. V. §. 8. *Hufeland* l. l. p. 118 sqq. Contraria est L. 6. pr. D. *h. t.* cf. *Glück* X. p. 55.

5) L. 28. D. *de S. P. U.* (Vid. §. 387. nr. 2 et not. 6). L. 23. §. 1. D. *de S. P. R.* L. 1. §. 4. D. *de fonte* XLIII, 22. L. 1. §. 5. D. *de aq. quot.* XLIII, 20. — cf. L. 9. D. *de S. P. R.* L. 2. D. *h. t.* — Vid. *J. G. Heineccius* de causa servitut. perpetua. Hal. 1738. — *Schrader* l. l. §. 6. *Stever* l. l. c. II. §. 5.

6) L. 4. pr. D. *de servit.* — *Schrader* l. l. §. 9.

7) Vid. pr. et §. 1. J. *de servit.* L. 2. D. *de S. P. U.* coll. cum L. 2. D. *de S. P. R.* L. 11. §. 1. D. *de Publ. in r. act.* VI, 2. L. 7. §. 1. L. 14. D. *h. t.* — L. 6. D. *de S. P. U.* *Pauli* rec. sent. I, 17. §. 1.

TIT. II.

DE SINGULIS SERVITUTUM FORMIS.

§. 389.

I) *Praediorum servitutes* A) *Urbanorum* *).

In earum servitutum numero, quae ad urbana spectant praedia, hae inprimis sunt: 1) oneris ferendi et tigni immittendi servitutes. Et prioris quidem illius haec est vis: cum, ut vicinarum aedium onera ferat vicini paries vel columna, tum vero is, cujus aedes serviunt, reficere eas necesse habeat eatenus, ut oneri ferundo aptae sint [1]). Quod quidem reficiendi officium, quoniam ex eo jure, quo damni infecti nomine vicinus cavere vicino tenetur, totum fere pendet [2]), nihil admodum habet singulare, praeterquam quod ad eum modum, qui servitute impositâ definitus est, fieri debet aedificiorum refectio [3]). Quare etiam recte praecipitur: hanc quoque servitutem non hominem debere, sed rem [4]); cui vel maxime conveniens est, ut fultura aedium quibus servitus debetur, dum reficiuntur, ad inferiorem s. servientem vicinum minime pertineat [5]). Tigni immittendi servitus eo continetur, ut vicini tignum suscipere vicinus necesse habeat; nec quidquam huic inest juri, quod a communi servitutum natura recedat [6]). 2) Projiciendi et protegendi s. [7]). 3) Stillicidii vel fluminis avertendi s. suscipiendi aut non avertendi servitus [8]). Atque hujus quidem variae admitti posse videntur formae, velut hae: ut vicinus aquam pluviam, in suum profluentem praedium, vicini relinquere cogatur usibus [9]), tum, ut stillicidii vel fluminis recipiendi servitute non utatur vicinus [10]). 4) Altius tollendi aut non tollendi servitus [11]). Et altius tollendi servitutis item variae cogitari possunt formae, hae scilicet: ut jus sit extollendi aedes vicini [12]), ut aut contra formam antiquitus observatam, aut contra leges vicinorum in commodum proditas, exstruere is, cui servitus debeatur, aedes suas eoque facto obscurare vicini lumen

possit [13]), denique, ut altius non tollendi servitute non amplius utatur vicinus [14]).

*) Dig. (VIII, 2.) *de servitutib. praedior. urbanor.*

1) L. 6. §. 2. D. *si servit. vind.* VIII, 5. L. 33. D. *h. t.*

2) a) L. 7. D. *si serv. vindic.* (cf. L. 4. §. 7. L. 15. §. 36. D. *de damno inf.* XXXIX, 2.) — b) L. 6. §. 4. D. *si serv. vind.* (cf. L. 27. L. 40. §. 2. 3. D. *de d. inf.*)

3) L. 33. D. *h. t.* L. 6. §. 2 et 5. *si s. vind.* — Similiter fere hanc servitutem interpretatus est *Stever* l. l. c. III. §. 12. 13. — Aliter alii rem explicant v. c. *Höpfner* et *Weber* §. 357. *Zachariae* §. 10. *Schrader* l. l. (II. Nr. VIII.) §. 4. *C. G. Konopack* D. de duob. fragm. ad serv. oner. fer. spectantib. Jen. 1822.

4) L. 6. §. 2 in f. D. *si s. vind.*

5) L. 8. pr. D. *si s. vind.*

6) L. 8. §. 1. 2. D. *si s. vind.* (*Stever* l. l. §. 14). — Vid. L. 14. pr. *eod.* (*Westphal* §. 543. nr. 3).

7) L. 2 in f. D. *h. t.* — L. 29. §. 1. D. *ad L. Aq.* IX, 2. — Caeter. de eo quod interest inter projectum et immissum vid. L. 242. §. 1. D. *de V. S.*

8) §. 1. J. *de servit.* L. 2. L. 17. §. 3. L. 28 in f. D. *h. t.* — L. 20. §. 2 sqq. *eod.* — cf. *Varro* de l. l. IV, 5. (in *Gothofr.* auctt. l. l. p. 9). — *C. Thomasius* de servitute stillicidii (in ejus diss. Lips. Nr. XV).

9) *Thomasius* l. l. §. 40. 41.

10) *Theophil.* paraphr. ad §. 1. J. *de serv.* — cf. *a Costa* ad eand. §. — Dissent. *Vinnius* ibid. nr. 5. et *Stever* l. l. §. 15.

11) §. 1. J. *de serv.* L. 2. L. 11. §. 1. L. 24. D. *h. t.* L. 7. §. 1. D. *comm. praedior.* L. 8. 9. C. *de serv.* III, 34.

12) Vid. inprim. L. 7. D. *si s. vind.* — L. 2. D. *de S. p. r.* — cf. *Voet* ad Pand. VIII, 2. §. 6. *Heinecc.* antiq. II, 3. §. 7. not. b. — Dissent. *Westphal* §. 611. not. 556.

13) L. 11. pr. D. *h. t.* (cf. L. 1 in f. D. *de aq. pluv. arc.* XXXIX, 3). L. 12. §. 1 et 4. C. *de aedific.* priv. VIII, 10. — L. ult. §. 1. C. *de serv.* — L. 24. D. *h. t.* „Cujus aedificium jure superius est, ejus est in infinitum supra suum aedificium imponere: dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret, quam pati debent." Quem quidem locum ad tigni immittendi servitutem referendum esse putant *Glück* (Pand. X. p. 81 sq.) aliique.

14) L. 21. D. *h. t.* — Alias etiam de altius tollendi jure opiniones profert *Voetius* l. l. §. 7. nec non *Glück* X. §. 669.

§. 390.

5) Servitus luminum; quae quidem jure continetur fenestras habendi aut in vicini, aut in communi pariete, aut in nostro etiam, scil. contra jus illud prohibendi, quod leges concesserint vicinis [15]). Cujus velut tuendae

et confirmandae gratia servitus ne luminibus officiatur apud Romanos constitui solita est [16]), cum simpliciter, tum formulâ adhibitâ: lumina, quae nunc sunt, ut ita sint [17]), itemque altius non tollendi servitutem vicini aedibus imponendo [18]). 6) Similis est causa servitutum prospiciendi et ne prospectui officiatur, nisi quod ad amoenitatem ac voluptatem magis illae pertinent, quam ad utilitatem [19]). Sunt praeterea aliae etiam urbanorum praediorum servitutes, velut cloacae, latrinae, fumi immittendi, similesque [20]), de quibus tamen non est, quod pluribus dicatur.

15) L. 4. D. *h. t.* („Luminum servitutum constituta, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat.") L. 40. *eod.* („Eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo jure fenestras immisisse respondi.") L. 12. §. 3. C. *de aedific. privat.* VIII, 10.

16) L. 4. L. 15. L. 17. pr. §. 1. 2. D. *h. t.* — At de utraque hac servitute variae subinde prolatae sunt opiniones. cf. *Feuerbach* civ. Vers. Nr. I. (qui umbrae gratia luminum servitutem fuisse constitutam autumat. Similiter *Udalr. Zasius* ad §. 2. J. *de act.* — cf. et *Voet* Pand. VIII, 2. §. 7). *Dabelow* üb. die Servitus Lumin. d. Römer. Halle 1804; *Glück* Pand. X. §. 670; *Stever* c. III. §. 7. 8. et novissime *L. F. Griesinger* de servitute lumin. et ne luminib. officiatur — lib. singular. Lips. 1819. 8.; qui utramque servitutem negativam, et priorem illam diversam esse a fenestrae servitute statuit. Vid. et ejusd. libri append. secund. — cf. et Archiv f. civil. Pr. V, 18.

17) L. 23. D. *h. t.* *Westphal* §. 608.

18) L. 2. 4. 6. D. *h. t.*

19) L. 3. 15. 16. D. *h. t.* L. 12. §. 2. 3. C. *de aedif. priv.* — cf. L. 12. D. *h. t.* — Varias de hac L. opiniones recenset *Griesinger* l. l. app. I. p. 223 sqq.

20) L. 7. D. *de serv.* L. 2. pr. D. *de S. P. R.* — L. 17. §. 2. D. *si serv. vind.* L. 12. §. 4. C. *de aedif. privat.* — L. 8. §. 5 et 7. *eod.* — L. 17. §. 1. *eod.* — cf. *Glück* l. l. §. 673.

§. 391.

B) *Rusticorum praediorum servitutes* *).

In rusticorum praediorum servitutibus quatuor hae, ut antiquiores et illustriores, in primis sunt commemorandae: iter, actus, via, aquaeductus [1]). Iter est jus eundi, item equo, sellâ, lecticâ vehundi per fundum alienum [2]). Actu continetur jus agendi jumentum vel

vehiculum: eique plerumque etiam iter inest[3]. Quemadmodum autem modus huic servituti recte adjicitur[4], sic etiam solo jumentorum agendorum jure circumscribi ea potest[5]; quo quidem facto minus plenum solent vocare actum. Atque in viae servitute non modo jura et eundi et agendi semper insunt necessario[6], verum etiam amplitudine ac modo differt ab actu haecce servitus[7]. Est praeterea viae latitudo legibus definita[8], actus vero et itineris aut privatorum aut judicis arbitrio definiatur necesse est[9]. Caeteroquin hoc generatim in omnes hujuscemodi servitutes praecipiendum est, ut, simpliciter constitutis aut itinere aut actu aut via, omnes quidem fundi glebae serviant, sic tamen, ut certa agri pars determinetur, qua eatur, agatur[10]; ejusque statuendi facultas item plerumque est penes eum, cui servitus debeatur, dummodo hoc quoque jure civiliter utatur[11]. Aquaeductus est jus aquae aut ex fundo alieno ducendae aut per eum educendae[12]. Quod quidem jus per lapideas fistulas exerceri nequit, nisi hoc in servitute constituenda nominatim comprehensum sit[13]. E reliquis rusticorum praediorum servitutibus praecipuae sunt species hae: aquae haustus[14], pecoris ad aquam adpellendi[15], itemque pascendi servitus[16]. Aliae etiam commemorantur servitutes, ut cretae lapidisve eximendi, arenae fodiendae, calcis coquendae, pedamentorum sumendorum, navigandi, et quae sunt in eo genere similes[17].

*) Dig. (VIII, 3.) *de servitut. praedior. rusticor.*

1) pr. J. *de servit.* Pr. D. *h. t.*

2) L. 7. pr. L. 12. D. *h. t* — L. 13. D. *de serv.* — L. 14 D. *comm. praed.* VIII, 4.

3) L. 1. pr. L. 7. pr. L. 12. D. *h. t.* (cf. *Schotti* obs. not. 7. laud. §. 5).

4) L. 4. §. 1. D. *de servit.* L. 11. pr. D. *quemadm. servit. amitt.* VIII, 6.

5) L. 13. D. *de serv.* L. 4. §. 1. D. *si serv. vind.* — Nec contraria est L. 1. D. *de adim. leg.* XXXIV, 4. Vid. *Vinn.* ad pr. J. *de servit.* *Schotti* obs. §. 6.

6) L. 9. D. *de serv.* L. 13. §. 1 in f. D. *de acceptil.* XLVI, 4. L. 9. pr. D. *si serv. vind.* (*Westphal* §. 560. not. 505, a). L. 1.

D. *quemadm. serv. am.* — *d'Aoezan* serv. lib. P. III. c. 18. p. m. 165). *Vinn.* l. l. nr. 6. et script. not. seq. laud.

7) L. 7. D. *h. t.* — cf. *Cujac.* obs. XXXII, 35. *J. D. Ritteri* D. de itineris, actus et viae differ. (adj. *Reitzii* ed. Theoph. exc. XIX). *Schotti* obs. de vero act. et viae discr (opusc. p. 251 sqq.). *F. A. Biener* D. de differentiis itineris, actus et viae genuinis. Lips. 1804. *G. F. Puchta* civ. Abh. (1823.) Nr. III. *P. L. Kritz* exegetisch-praktische Abhandl. üb. ausgewählte Materien des Civilrechts (Leipz. 1824.) p. 1—51. — De huj. autem doctrinae usu forensi vid. Archiv f. civil. Pr. III, 20. et inprimis IV, 20. (auct. *Gensler*).

8) L. 8. D. *h. t.* (*Puchta* l. l. §. 5.) — Caeter. vid. L. 25. pr. *eod.*

9) L. 13. §. 2. D. *h. t.*

10) L. 9. D. *de serv.* L. 13. §. 1 et 3. D. *h. t.*

11) L. 9. D. *de serv.* L. 13. §. 5. *h. t.* — Vid. tamen L. 26. D. *h. t.* (cf. *Glück* Pand. X. p. 164 sqq. *P. L. Kritz* l. l. p. 52 sqq.).

12) L. 1. pr. in f. L. 15. L. 29. D. *h. t.* L. 4. D. *de aq. quot. et aest.* XLIII, 20. — L. 10. D. *h. t.* — L. 21. 22. D. *eod.* L. 12. C. *de serv.* III, 34. — L. 2. D. *de rivis* XLIII, 21.

13) L. 17. §. 1. D. *de aq. pl. arc. act.* XXXIX, 3.

14) §. 2. J. *de servit.* L. 20 in f. D. *h. t.* (cf. *Noodt* ad *h. t.* §. *Tenes*). — L. 3. §. 3. D. *h. t.* — L. 2. D. *comm. praed.*

15) L. 4. D. *h. t.* — L. 6. in f. *eod.* — L. 1. §. 18. D. *de aq. quot.* XLIII, 20.

16) L. 1. §. 1. L. 4. L. 6 in f. D. *h. t.* — *Glück* Pand. X. §. 678—680.

17) L. 1. §. 1. L. 5. §. 1 et 2. L. 6. §. 1. L. 23. §. 1. D. *h. t.* L. 17. §. 1. D. *si serv. vind.* VIII, 5.

§. 392.

I) *Personae servitutes.* A) *Ususfructus* *). *Ejus notio et species.*

Ususfructus est jus rebus alienis utendi fruendi, idque inhaerens personae [1]). Igitur omnium omnino rerum, quae modo sint in patrimonio, etiam ususfructus potest constare [2]), nec solum singularum rerum, verum etiam universorum bonorum, aut partis eorum [3]). Et antiquitus quidem placuit, ut ususfructus non esset, nisi earum rerum, quae et corporibus constarent (not. 5.), et finito jure restitui possent integrae; postea vero senatus decrevit, ut et pecunia et ceterae res, quae usu consumantur vel minuantur, ususfructus jure haberi possent [4]); ac postremo Cassii et Proculi obtinuit senten-

tia, nominum quoque usumfructum esse existimantium [5]). Unde duplicem ususfructus speciem, et verum et quasi usumfructum, vulgo esse statuunt. Et verum usumfructum generatim quidem recte definias: jus rebus alienis *salva earum integritate* utendi fruendi [6]). Quodsi vero ad juris antiqui normam res exigatur, proprie dicitur ususfructus: personae servitus facultatem complectens, corporalibus rebus, ad alium spectantibus dominum, salvâ illarum substantiâ utendi fruendi. Et de hoc quidem jure priori loco dicamus.

*) Inst. (II, 4.) *de usufructu.* Dig. (VII, 1.) *de usufructu et quemadm. quis utatur fruatur.* Cod. (III, 33.) *de usufr.* (*et habitatione et ministerio servorum*). — *M. Aur. Galvani* de usufructu dissertationes var. Pat. 1650. f. noviss. Tub. 1788. 4. *Ger. Noodt* de usufructu libri II. (opp. T. I. p. 337 sqq.).

1) L. 3. §. 3. D. *quib. mod. ususfr. am.* VII, 6. — cf. *Noodt* I, 2. — Inutilis est ususfructus divisio in formalem et causalem, qualem etiam tuetur *Galvanus* c. 2 et 4.

2) cf. not. 4. Vid. etiam L. 28. L. 41. D. *h. t.* — *Noodt* I, 4.

3) L. 29. D. *h. t.* — L. 43. *eod.* cf. L. ult. D. *de usu et usufr. p. leg. dat.* XXXIII, 2. — *Noodt* I, 23.

4) L. 1. 2. D. *de usufr. ear. rer. quae usu consum. vel min.* VII, 5. *Noodt* I, 20.

5) L. 3. D. *de usufr. ear. rer.* rel.

6) Pr. J. et L. 1. D. *h. t.*

§. 393.

1) *Ususfructus, ut proprie dicitur, jura* a) *generatim exponuntur.*

Usufructuarius et commoda rei percipit, et incommoda (§. 396.) ferre debet. Et commoda quidem hoc pacto, ut fere ad instar domini re utatur fruatur [1]), nec umquam sine omni usu fructus esse possit [2]). At non ipsâ solum re utetur, verum etiam actionibus ad usum rei tuendum comparatis, cum propriis, et in rem et interdictis (§§. 404. 405.), tum vero iis, quae ipsi etiam domino adversus prohibentes atque offendentes competiturae fuissent [3]). Debet autem ita uti, ut ne abutatur re, eamque finito usufructu restituere domino, tum etiam de utroque officii genere rite implendo fidejusso-

bus datis cavere [4]). Quae quidem cautio aliis lege mittitur [5]), aliis pacto [6]); testamento vero nequit mitti [7]).

1) L. 7. pr. et §. 1. L. 9. D. *h. t.* (VII, 1). cf. §. 394.

2) L. 14. §. 1—5. D. *de usu et habit.* VII, 8. — cf. L. 5. §. 1. 2. D. *usufr. quemadm. cav.* VII, 9. L. 13. §. 3. D. *de acceptil.* XLVI, 4. — *d'Avezan* l. l. III, 9. §. *Quid si fructus.* *Noodt* l. l. II, 1. §. *Haec de genere.* *Löhr* Bd. III. XVI, 5.

3) L. 2. §. 5. D. *si serv. vind.* VIII, 5. L. 1 in f. D. *de O. N. N.* XXXIX, 1. L. 13. §. 8. D. *de d. inf.* XXXIX, 2. L. un. §. 4. D. *de remissionib.* XLIII, 25. (cf. *Auctoris* Cession p. 486. (ed. 2.). — L. 59. §. 1. D. *h. t.*

4) Dig. (VII, 9) *Usufructuarius quemadm. caveat.* — cf. L. 7. pr. L. 12. D. *eod.*

5) Velut L. 9. §. 2. D. *h. t.* — L. 1. §. 18. D. *Ut legat. s. fideic. c.* XXXVI, 3. cf. §. 143. not. 8. 9. — §. 304. not. 5 et 10.

6) L. 46. D. *de pact.* II, 14.

7) L. 1. C. *de usufr.* L. 6. pr. D. *ut in poss.* rel. XXXVI, 4. L. 7. C. *eod.* VI, 54. — Vid. *Hugo* R. G. ed. VIII. p. 674. Aliorum sententias vid. ap. *Glück* IX. §. 654.

§. 394.

Singulatim α) de jure utendi, item fructuum percipiendorum.

Quicquid commodi vel utilitatis percipi potest ex in usumfructum data, id omne spectat ad usufructua-am [1]); neque enim solum ad necessitatem ille utitur, rum etiam ad voluptatem et compendium [2]). Qua-opter nec ad ipsius fructuarii personam adstrictum est endi jus, qui quidem aliis quoque rem utendam fruen-m potest concedere [3]). Fructus igitur percipit et turales et civiles [4]); nec quicquam interest, utrum onte proveniant fructus, an hominis industriâ, item-ie ne illud quidem, utrum causa eorum apud fructua-im demum coeperit an jam exstiterit antea, quam ad um perveniret res [5]). Utitur etiam fundi accessionibus lut servitutibus [6]), instrumento [7]), tum etiam eo, quod trinsecus, sensim tamen ac latenter, accrevit fundo [8]). militer ad eum pertinebunt fructus reditusque lapidi-narum, cretifodinarum, arenifodinarum, metallo-m [9]), aucupiorum, venationum, piscationum [10]).

Item silvae, salicti, aliarumque ex hoc rerum genere si quidem in accessionibus sunt fundi, similis est usu ut instrumenti, scilicet ut nihil ex iis vendere licea fructuario [11]). Quodsi illarum separatim est ususfructu concessus, tum, si modo caeduae sunt, etiam vender inde licebit, ad eum quidem modum, quo id bonu facere solet paterfamilias [12]). Neque vero suos plerum que fructuarius facit fructus, nisi perceptione [13]), ne eorum percipiendorum jus transmittit ad heredes [14] Ac simile est jus civilium fructuum seu pensionum, qua quidem, simulatque colonus perceperit fructus, ad usu fructuarium pertinebunt, ejusve heredes [15]); earu autem pensionum, quae pro rerum non frugiferarum us solvendae sunt, quanta pars fructuario debeatur, her dibusve, ex eo tempore aestimandum erit, quo ipsi re uti licuit [16]).

1) §. 395. not. 1. — cf. not. 4. — De servo in usumfructum da vid. L. 21—26. D. *h. t.* L. 63. §. 3. D. *de a. r. d.* XLI, De pecoris usufructu L. 68. D. *h. t.* *Noodt* I, 16. 17.

2) L. 13. §. 4. L. 41. D. *h. t.* — L. 9 in f. L. 59. §. 2. *eod.* Omnino autem debet civiliter uti L. 15. §. 8. L. 15. D. *h. t.*

3) L. 9 in f. L. 12. §. 2. L. 58. 59. 67. D. *h. t.*

4) At thesaurus non est in fructibus (arg. L. 7. §. 12. D. *sol. matrim.* XXIV, 3.), non magis quam ancillae partus (§. not. 2).

5) L. 27. pr. D. *h. t.* — L. 59. §. 1. *eod.*

6) L. 1. pr. D. *si ussfr. petat.* VII, 6. — cf. L. 1. §. 2. 3. 4. *eod.*

7) L. 9. §. 1. 6. 7. L. 15. §. 6. D. *h. t.*

8) L. 9. §. 4. D. *h. t.* — A quo non dissentit Paulus rec. sent. III. T. VI. §. 22. Vid. *Noodt* l. l. I, 6 in f. *Bynkershoek* obs. V, 7.

9) L. 9. §. 2. 3. D. *h. t.* cf. supra §. 264. not. 2. b. et v. *de Wa ter* obs. III, 15; *Noodt* l. l. c. 6; *Westphal* l. l. §. 659.

10) L. 9. §. 5. L. 62. D. *h. t.* L. 26. D. *de usur.* XXII, 1. Vid. *Noodt* obs. I, 10. et de ususr. I, 7. §. *Potius attingam.*

11) L. 9. §. 7. D. *h. t.* — (Caeter. vid. L. 9. §. 6. *eod.*) — L. 11 pr. *eod.* L. 7. §. 12. D. *sol. matrim.* XXIV, 3.

12) L. 9. §. 7. L. 10. 11. D. *h. t.* *Cujacii* obs. XXIV, 5. *Noodt* I, 7. §. *simile puternus.* (cf. L. 30. pr. D. *de V. S.*)

13) §. 36. J. *de rer. div.* — L. 48. §. 1. *eod.* L. 42. D. *de usu et usufr. leg.* *Noodt* I. l. I, 5. §. *sed utrum.* — cf. §. not. 3.

14) §. 36. J. *de rer. div.* L. 12. §. 5. D. *h. t.* L. 15. D. *quib. mod. ussr. am.* VII, 4. — Dissent. *Cujac.* obs. XXIV, 21.
15) L. 58. pr. D. *h. t.*
16) L. 26. D. *h. t.*

§. 395.

) Quatenus de jure suo vel re in usumfructum data constituere liceat fructuario?

Quamvis juris sui usum ad alios transferre liceat ructuario (§. 393. not. 3), tamen ipso ususfructus jure edere alii nequit [1]). Ac multo etiam minus rem potest n usumfructum datam alienare, aut servitutes ei impoere; quod ne domino quidem, quatenus hoc noceatur sufructuario, nec eo consentiente, facere licet [2]). Nova etiam potest fructuarius moliri ac instituere in undis usufructui concessis, eatenus duntaxat, quatenus on deteriorem faciat rem, nec causam proprietatis uicquam offendat. Unde sponte consequitur, minus ac in re licere fructuariis, qui quidem aut aedibus tuntur, aut praediis, quae voluptati vel maxime inerviant, quam iis, quibus frugiferae res utendae fruenae concessae sunt [3]).

1) Scil. propter regul. L. 15. D. *fam. ercisc.* traditam. — Caeterum de ejusmodi cessionis vi et effectu olim erat dissensio inter veteres ICtos. Vid. L. 66. D. *de j. dot.* XXIII, 3. coll. cum §. 3. J. *h. t.* et *Gaji* inst. II, 30. et *Pauli* rec. sent. III, Tit. 6. §. 32. — At varie subinde h. ll. interpretati sunt docti homines. Vid. v. c. *a Costa* et *Vinn.* ad §. 3. J. *h. t.* *Galvanus* de usufr. c. 38. *Huber.* Digr. Justin. P. II. L. II, c. 18. *v. de Water* obs. III, 11. *Noodt* l. l. II, 10.

2) L. 15 in f. *h. t.* („Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest.“ Vid. Basilicor. huj. l. interpr. T. II. p. 251. — *Noodt* l. l. II, 15. *Fr. Schöman* Handb. I, 7. p. 383 sqq. *Glück* Pand. IX, p. 42—60. Aliter alii h. l. explicare conati sunt velut *Fr. Connanus* comment. j. civ. IV, 3. nr. 3. *Ulr. Huber* Eunom. Rom. p. 326 sqq. *C. v. Bynkershoek* obs. I, 11., aliique, quos nominant *Glück* l. l. et *Schulting* nec non *Smallenburg* ad h. l.) L. 16. *eod.*

3) L. 7 in f. L. 8. L. 13. §. 4. D. *h. t.* (— — — „Et si forte voluptati fuit praedium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectat.“) §. 5. („Inde est quaesitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere

possit? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et hujusmodi metallorum inquirere poterit: ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aeris, et ferri, et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec dejicere poterit: siquidem ei permittitur meliorare proprietatem.") §. 6 et 7. *eod.* — Vid. *Hagemeister* in *Hugo's* civ. Mag. III, 13. — A quo dissentit interpretatio *Noodtii* (l. l. I, 6. et obs. I, 9), *Feuerbachii* (civ. Vers. Nr. IV. — „Eine nothwendige krit. Emendation, die wohl keinen Zweifel leidet"), aliorumque. Vid. *Glück* IX. p. 239 sqq.

§. 396.

γ) *Fructuarii incommoda officiaque.*

Quoniam propter commodorum rationem incommoda quoque spectant ad fructuarium, sequitur, ut et tributa aliaque onera rei adhaerentia ferre debeat [1]), et impensarum, rei servandae causa necessario erogandarum, certe modicarum, onus subire necesse habeat, nisi ab usufructu recedere paratus sit [2]). Praeterea, licet rem meliorem suis impensis facere cogendus non sit, tamen, cum recte colere atque tamquam bonus paterfamilias uti vel maxime sit in fructuarii officiis [3]): et gregem debet ex foetu supplere [4]), et in vinearum arborumve demortuarum locum nova substituere [5]). Caeteroquin casus periculum ad usufructuarium non spectat; at omnem diligentiam, tum etiam rei custodiam exhibere necesse habet [6]). Quo quidem nomine cum ex fructuaria cautione agere dominus potest, tum vero aliis quoque actionibus uti, quae modo in hanc causam convenire possunt [7]).

1) L. 7. §. 2. L. 27. §. 3. L. 52. D. *h. t.* L. 28. D. *de usu et usufr. per leg. dat.* XXXIII, 2. Vid. *Noodt* I, 9. §. *Dixi.* — cf. a) *Leyser* Sp. 106. m. 3. — b) *C. L. Neuber* D. de usufructuario ad tributa belli modica tantum obligatio. Jen. 1799.

2) L. 7. §. 2. 3. L. 48. pr. L. 64. D. *h. t.* L. 7. C. *eod.* L. 4 in f. D. *de operis servor.* VII, 7.

3) L. 65. pr. D. *h. t.*

4) L. 68 in f. L. 69. L. 70. D. *h. t.*

5) §. 38. J. *de rer. div.* L. 7. §. 3. L. 18. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 59. pr. *eod.*

6) L. 65. pr. D. L. 5. L. 1. §. 3 et 7 in f. L. 65. pr. D. *usufr. quemadm. cav.* VII, 9. Vid. *Hasse* Culpa §. 89 p. 447 sqq.

7) L. 15. pr. §. 1. 2. L. 15. §. 3. L. 66. D. *h. t.*

§. 397.

2) *De iis rebus, quae quasi sunt in usufructu* *).

Earum rerum, quae fungibilium nomine veniunt, usfructus esse nequit, nisi improprius, siquidem illa- m dominium transit ad usufructuarium, qui quidem t tantundem ex eodem genere, aut aestimationem ftituere eoque nomine satisdare tenetur [1]). Atque iam nominum usufructus, cum in rem actionibus peti queant nomina, aliquantum recedit ab hujus juris tura ac velut proprietate (§. 393 in f.). Habet tamen nc cum vero usufructu similitudinem, quod nihil ple- mque nisi usus nominum transfertur ad fructuarium, ii ad restituenda finito usufructu obligatus est nomina. uodsi vero pecuniam a debitore exegit, sponte trans- rmatur jus in pecuniae usumfructum, et denuo caven- m est, ut tantundem ejusdem generis restituatur [2]). stium an verus sit usufructus néc ne, id primum inium pendet ex constituentium arbitrio, dein vero ipsorum vestimentorum qualitate, hoc pacto, ut um, quae locari solent, ut scenicarum vestium, tum am funebrium, verus, ceterorum autem quasi plerum- e sit usufructus [3]).

) Dig. (VII, 5). *De usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur.*

) §. 2. J. *h. t.* L. 5. 7. D. *h. t.* L. 7. §. 1. D. *usufr. quemadm. cav.* VII, 9. — Quomodo motuum differat a quasi usufructu vid. *Westenb.* h. t. §. 7. cf. et *Glück* Pand. IX. §. 645.

cf. L. 3. 4. D. *h. t.* L. 1. C. *de usufr.* — *Weber* ad *Höpfner* §. 375. not. *). *Auctoris* Cession. §. 47. p. 483 sqq.

cfr. inter se §. 2. J. *h. t.* L. 15. D. §. 4. 5. L. 9. §. 3. D. *usufr. quemadm. cav.* — L. 66. §. 1. D. *sol. matr.* XXIV, 3. — Varior. hac de re opiniones vid. in *A. F. Schotti* D. de usufructu vestimentorum ex voluntate constituentis vel vero, vel quasi tali (opusc. p. 164 sqq.) et *Glück* IX. p. 592 sqq.

§. 398.

B) *De usu* *).

Usum interpretamur: jus rebus alienis utendi, itemque illud personae cohaerens [1]). Usuarius igitur non modo ad necessitatem utetur, verum etiam ad voluptatem [2]). Ad compendium uti fere nequit, nec aliis rem utendam debet concedere [3]), nisi aut ipse, ad quem aedium usus pertinet, simul eas inhabitet [4]), aut forte auriga sit, cui equitii usus relictus est, qui quidem aliis equorum usum locare potest, dummodo sciens hujus instituti et vitae esse usuarium reliquerit usum [5]). Praeterea cum eo, cui fundi aut villae usus datus est, liberalius erit agendum, scil. pro personae ejus conditione ac dignitate, hoc pacto, ut tantum sumat ex penu, et horto, et pomis, et oleribus, eorumque similibus, quantum ad victum quotidianum sibi, suis, convivis etiam et hospitibus sufficiat [6]). Et si pecoris alicui usus relictus est, modicum etiam lactis pertinebit ad usuarium [7]). Denique instar est ususfructus, si aut fungibilium rerum aut silvae usus relinquitur [8]). Caeteroquin eo etiam usus differt ab usufructu, quod individuus sit usus [9]). Quod autem ad obligationes tum etiam ad onera incommodave attinet, similis fere per omnia usuarius habetur fructuario [10]).

*) Inst. (II, 5.) Dig. (VII, 8.) *de usu et habitatione.* — Thibaut Vers. I, 5.

1) L. 1. §. 1. 23. D. *usufr. quemadm. cav.* (cf. §. 395. not. 1.) L. 10. §. 1. 2. D. *h. t.* L. 21. *eod.*

2) L. 12. §. 1. D. *h. t.* — L. 2. §. 1. L. 3. L. 4. §. 1. L. 5–7. L. 9. *eod.* — L. 22. §. 1. *eod.*

3) L. 2. pr. L. 8. pr. L. 11. L. 12. §. 6. D. *h. t.* §. 1–5. I. *eod.*

4) L. 2. in f. L. 4. pr. D. *h. t.*

5) L. 12. §. 4. D. *h. t.*

6) L. 12. §. 1. L. 15. pr. D. *h. t.* — De fundi instrumento vid. L. 16. pr. *eod.*

7) §. 4. J. L. 12. §. 2. D. *h. t.*

8) a) L. 5. §. 2. L. 10. §. 1. D. *de usufr. ear. rer.* rel. VII, 5. — b) L. 22. pr. D. *h. t.* — Vid. *Glück* IX. p. 445. not. 2.

9) L. 19. D. *h. t.* (cf. §. 387. not. 11.)

10) a) L. 5. §. 1. L. 11. D. *usufr. quemadm. cav.* VII, 9. — b) L. 15 in f. *h. t.* — De reficiendi onere vid. L. 18. D. *h. t.* Quem quidem loc. varie explicant interpp. Vid. *Glück* IX. §. 650.

§. 399.

C) *De habitatione*, *tum etiam* D) *de operis servorum.*

Est etiam habitatio, s. inhabitandi jus, personae servitus, diversum tamen cum ab usufructu tum ab usu aedium [1]). Nam locare aliis potest juris sui usum is, cui habitatio constituta est; gratis vero eundem nequit concedere [2]). Praeterea, quoniam in facto magis consistit hoc jus, quam in jure, singularia quaedam, quae quidem ad amittendi rationem attinent, recepta sunt in illo [3]). Magis etiam a servi usufructu aut usu recedit operarum servitus [4]). Quod quidem jus ad animalium operas translatum esse [5]) et hodieque observari, sunt qui putant [6]).

1) L. 13. C. *h. t.* (III, 33.) §. 5. J. *h. t.* (cf. L. 10. pr. §. 1—3. D. *h. t.*) — *Thibaut* civ. Abh. Nr. II. — Caeterum, habitatorem iis tantum uti posse aedium partibus, quae habitationi inserviant, id ex L. 41. pr. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) minime elici poterit (cf. L. 12. pr. D. *h. t.*), non magis quam ex L. 12. §. 1. D. *h. t.* Vid. *Thibaut* p. 15.

2) L. 10. pr. D. *h. t.* — Dissent. *Vinnius* ad §. 5. J. *h. t.* nr. 2. aliique. Sed. vid. *Thibaut* p. 25 sq.

3) a) L. 10. D. *de cap. min.* IV, 5. — b) L. 10. pr. in f. D. *h. t.* — c) L. 27. L. 32. D. *de donat.* XXXIX, 5. — *Thibaut* p. 30 sqq.

4) Dig. (VII, 7.) *de operis servorum.* L. 2. D. *de usu* etc. *per leg. dat.* XXXIII, 2. L. 1. §. 9. D. *ad L. Falcid.* XXXV, 2. — cf. *Westenb.* pr. jur. Dig. h. t. §. 3. 4.

5) Propter L. 5. §. 3. D. *usufr. quemadm. cav.* VII, 9.

6) cf. *Heise* Grundr. p. 50. not. 9. (ed. III.)

TIT. III.

SERVITUTES QUEMADMODUM CONSTITUANTUR ET AMITTANTUR.

§. 400.

I) *De constitutione servitutum* 1) *generatim differitur.*

Constituuntur servitutes lege [1]), adjudicatione [2]), praescriptione (§. seq.), privatorum arbitrio, eoque vel testamento [3]), vel pacto declarato. Neque vero aut acquirere aut imponere fundo potest servitutem, nisi qui dominus est praedii aut tale in eo habet jus, quod proxime accedit dominio, i. e. vel emphyteuticum vel superficiarium jus [4]). Nec magis per unum socium communi fundo acquiritur servitus injungiturve [5]). Caeterum etiam ei rei, quae licet nondum sit, futura tamen speratur, recte constituitur aut imponitur servitus [6]). Jam vero, si pactionibus constituitur servitus, in affirmativis quidem servitutibus quasi traditio necesse est accedat [7]); in negativis non item, verum sufficit pactio ad ipsum efficiendum servitutis velut dominium (not. 11). Ac simile est jus earum servitutum, quae aut lege, aut adjudicatione, quaeruntur, sive illae ex affirmativarum genere sunt, sive ex negativarum [8]); illarum denique, quae testamento ita constituuntur, ut recta transeant via ad legatarium [9]). Quae vero ex servitutis quasi possessione pendent jura, ea, nisi legitimo modo juris quaesita est possessio, exerceri omnino nequeunt [10]). Verumtamen negativarum servitutum ea est natura, ut simul cum causa juris ipsius transferendi idonea, etiam possessio earum acquiratur [11]). At tali non interveniente causa, nec ejusmodi servitutum possessio antea quaeretur, quam is, qui ad se velit pertinere servitutem, tamquam suo jure prohibuerit dominum, contra id, quod intenditur, facere volentem [12]).

1) Vid. supra §. 279. 280. nr. 1. §. 304. not. 2. et infra P. II. C. II. (L. 3. C. *de bon. mat.* VI, 60. Nov. 117. c. 5.) *Noodt* de usufr. II, 4. et §. 587. not. 3. — Nonnunquam etiam aut lege alicui ad constituendam servitutem imponitur obligatio (velut L. 12.

pr. D. *de relig.* XI, 7. L. 14. pr. D. *quemadm. s. am.* VIII, 6. L. 15. §. 1. D. *de usu et usufr. per leg. dat.* XXXIII, 2. et infra §. 402. not. 1. b.), aut velut tacito jure servitus censetur esse constituta, ut L. 10. 36. 37. D. *de S. P. U.* VIII, 2.

2) L. 6. §. 1. D. *de usufr.* VII, 1. L. 22. §. 3. D. *fam. erc.* X, 2. L. 6. §. 10. L. 7. §. 1. D. *comm. div.* X, 3. (cf. *Noodt* de usufr. II, 3. et *Thib.* Pand. §. 621. 2 A.)

3) Dig. (XXXIII, 2.) *de usu, et usufructu, et reditu, et habitatione, et operis per legatum vel fideicommissum datis.* — (tit. 3.) *de servitute legata.* — Caeterum de iis, quae vel maxime propria sunt hujusmodi legatis, infra dicetur p. 556.

4) L. 15. §. 7. *h. t.* (VII, 1.) verb. *Quibus consequenter.* L. 6. pr. in f. D. *comm. praed.* VIII, 4. — L. 1. pr. D. *quib. m. usufr. am.* VII, 4. L. 1. §. 9. D. *de superficieb.* XLIII, 18.

5) L. 34. D. *de S. P. R.* VIII, 3. L. 2. D. *de serv.* L. ult. D. *commun. praed.* — cf. §. 397. not. 15.

6) L. 25. §. 1. D. *de S. P. U.* VIII, 2. L. 10. D. *de S. P. R.* VIII, 3. L. ult. D. *si serv. vind.* VIII, 5.

7) Arg. L 20. C. *de pact.* II, 3. et L. 5. pr. D. *de O. et A.* XLIV, 7. — Praeterea vid. L. ult. D. *de serv.* VIII, 1. L. 1 in f. D. *de S. P. R.* VIII, 3. L. 5. pr. D. *de usufr.* VII, 1. L. 25. §. ult. *eod.* (cf. *Hasse* Güterr. d. Ehegatten Bd. I. p. 445. not. 456). — arg. L. 11 et 17. D. *de servit.* L. 2. §. 1. 2. L. 140. D. *de V. O.* XLV, 1. L 16. C. *de usufr.* III, 33. — *Noodt* de usufr. II. *du Roi* Archiv f. civ. Prax. VI. p. 284 sqq. *Zimmern* ibid. Bd. VII. nr. XVII., et inprimis *W. Francke* civilist. Abhandl. (Goett. 1826.) nr. III. — At dissent. maxime propter §. 4. J. *de servit. praed.* §. 1. J. *de usufr.* et L. 3. pr. in f. D. *de usufr.* *de Savigny* Besitz §. 45. p. 447. not. 1. *E. J. Schmidtlein* D. de servitutibus per pactum constituendis. Goett. 1823. 8. *Id.* im Arch. f. civ. Pr. IX. Nr. IX. *Michelsen* im Archiv f. civ. Pr. VIII. Nr. XIV.

) Vid. not. 2. et *Westphal* §. 871. 872.

) Quod quidem plerumque ita accipiendum est, propter rationem §. 2. J. *de leg.* expositam; quam tamen latius, quam res poscit, interpretantur *Vinnius* ad §. 4. J. *de serv.* nr. 3. et §. 1. J. *de usufr.* nr. 2. et *Noodt* de usufr. II, 1. §. *Potest igitur.* Vid. et Vat. Fr. §. 44.

0) L. 2 in f. D. *comm. pr.* VIII, 4. L. 10. pr. D. *si serv. vind.* VIII, 5. L. 7. D. *de itin. actuq. priv.* XLIII, 19. — cf. L. 25. D. *quemadm. serv. am.* VIII, 6. et supra §. 387. nr. 7. — L. 1. §. 5. D. *de it. actuq. priv.* et supra §. 372 in f.

1) Vid. *Höpfner* §. 352. *Savigny* Besitz §. 46. p. 468 sqq. — Dissent. *Pufendorf* obs. I, 32. §. 14. — Cave tamen, ne ex L. 6. §. 1. D. *si serv. vind.* („— — si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est" —) colligas, eo solo servitutis quasi possessionem constitui vicinorum alteri, quod alter forte non faciat in suo, quod facere illi jure dominii liceat. *Savigny* l. l. p. 467. not. 3.

) Vid. not. 11. et cf. L. 18 in f. D. *quemadm. serv. am.* L. 15. D. *de O. N. N.* XXXIX, 1. et arg. L. 6. §. 1. D. *si serv. vind.*

§. 401.

b) *Singulatim de praescriptione servitutum acquisitiva.*

Possunt etiam servitutes longo tempore et juris velut possessione capi, non modo eo, quod hominum memoriam excedit servitutis usus [1]), verum etiam praescriptionis genere ejusmodi, quam definitam vocant (§. 137). Enimvero cum usucapio quidem esse non posset servitutum [2]), sensim tamen obtinuit, ut diuturnus servitutis usus et longa quasi possessio instar esset juris quaesiti [3]), tum etiam eodem ille per omnia fere concluderetur temporis spatio, ut immobilium rerum praescriptio [4]). Hisce igitur legibus potissimum continetur servitutum velut acquisitiva praescriptio: 1) Absolvitur aut decem aut viginti annorum cursu continuo, praeterquam si ejusmodi sit res, in quam non cadat ordinaria praescriptio [5]). De eo vero, quomodo interrumpatur juris possessio, pro diversa servitutum natura ac indole varie erit statuendum [6]). 2) Juris quasi possessio aut justo titulo subnixa sit (§. 374), aut talis, quae vitio careat: ut, per tempus legibus definitum, non vi, aut clam, aut precario possedisse, instar habeatur tituli [7]); certe ex Romani juris praecepto [8]). Praeterea 3) necesse est, cum ut tamquam jure suo usus sit is, qui praescribat [9]), tum vero jure legeque se id facere putet [10]). Caeterum etiam personae servitutes hoc modo constitui posse, non est quod dubitemus [11]).

1) Vid. L. 1 in f. L. 2. pr. L. 26. D. *de aq. pl. arc. act.* XXXIX, 3. L. 3. §. 4. D. *de aq. quot. et aest.* XLIII, 20. cf. §. 139.

2) L. 14. pr. D. *de servit.* L. 4. §. 29. D. *de usurp.* XLI, 3. — Cujus juris rationem et indolem varie interpretantur recentiores. Vid. v. c. *Galvanus* l. l. c. 12. *Jos. Fern. de Retes* ad legem Scriboniam *Meerm.* thes. VI. p. 464 sqq. *d'Avezan* servit. lib. IX. *v. de Water* obs. II, 18. *Branchu* obs. dec. II. c. 17. *Gros* Gesch. d. Verj. p. 18—25. *Dabelow* Verj. I. §. 23-37. *Glück* Pand. IX. §. 629. *Löhr* Mag. III, 5. *Unterholzner* Verj. §. 5. *Stever* de servit. praed. c. VII. §. 5—7. — (De receptione servitutis, quae biennii usu fiebat, vid. *Pauli* rec. sent. I. T. 17. Cf. Wisigothor. interpr. et *Schultingii* not. ad h. l. A quo dissent. *Unterholzn.* l. l. §. 5. nr. 2.)

3) L. 10. pr. D. *si serv. vind.* VIII, 5. L. 1. §. ult. D. *de aq. pl. arc. act.* L. 5. §. 3. D. *de it. actuq. priv.* XLIII, 19. L. 1. C.

de serv. et aqua III, 34. — Cf. scr. not. 2. laudd. et add. *Gros* l. l. p. 54 sqq. et *Unterh.* l. l. §. 42.

4) L. 2. C. *de serv. et aq.* („exemplo rerum immobilium tempore quaesisti") coll. cum *Pauli* rec. sent. V. Tit. 2. §. 3. Tit. 5. A. §. 8. et inprimis L. 12 in f. C. *de praescr. l. temp.* VII, 33. — Dissent. *Zimmern* in ejus et *Neustetelii* Untersuch. I, 5. — Caeter. a definitae praescriptionis jure quaedam erant exceptae servitutum species. Vid. locos not. 1. excitat. et cf. *Unterholzn.* §. 45. nr. 4. 5. et §. 56.

5) Vid. not. 4. et *Thibaut* Bes. u. Verj. II. §. 56. nr. 1. not. 2. — Neque vero quod ad tempus attinet, quo possessione servitutes velut capiantur, discrimen statuendum est inter continuas et discontinuas servitutes. Vid. *H. Donelli* comment. j. civ. XI, 11. §. 8 sqq. *Glück* l. l. p. 148—150.

6) L. 6. L. 20. pr. D. *de S. P. U.* VIII, 2. L. 4. §. 27. D. *de usurp.* XLI, 3. L. 2. C. *de serv.* III, 34. L. 10. C. *de acq. et ret. poss.* VII, 32. — cf. *Savigny* Besitz §. 45. p. 447 sq. §. 46. p. 454. 466. 469. *Unterholzn.* Verj. §. 52. nr. 2. *Zimmern* l. l. p. 117 sq. — Caeterum juris quoque possessio per alios retineri potest: L. 1. §. 7. L. 3. §. 4. D. *de itin. actuq. priv.* XLIII, 19. L. 5. L. 6. pr. L. 20. D. *quemadm. serv. am.* VIII, 6. L. 12. §. 2. L. 38—40. D. *de usufr.* VII, 1. cf. et L. 3. §. 6—10. *de it. actuq. priv.* et *Glück* l. l. p. 153 sq. (Vid. tam. L. 29. pr. D. *quib. m. ususfr. am.* VII, 4. *Savigny* l. l. p. 449. not. 2.)

7) Vid. LL. not. 3. laudd. — *Vinnii* sel. jur. qu. I, 31. *Unterh.* l. l. §. 51. nr. 4. *Glück* l. l. p. 140 sqq. Caeter. cf. Archiv f. civ. Pr. IX. p. 6.

8) Vid. enim c. 1. *de praescr. in* 6. II, 13.

9) L. 1. §. 6. L. 7. D. *de it. actuq. priv.*

10) L. 25. D. *quemadm. serv. am.* et arg. L. 1. §. 10 et 19. D. *de aq. quot. et aest.* XLIII, 20. — Dissent. *Zimmern* l. l. p. 119 sq.

11) L. 12 in f. C. *de praescr. l. t.* VII, 33. — Dissent. *Zimmern* l. l. p. 112 sqq.

§. 402.

II) *De exstinctione servitutum et quidem 1) cum rei tum personae cohaerentium* *).

Causae amittendarum servitutum, quae quidem communiter pertineant ad utrumque genus, et rei et personae cohaerentium, hae potissimum sunt: 1) confusio et consolidatio [1]). 2) Rei, et servientis et ejus cui servitus debetur, interitus [2]). 3) Constitutionis ad tempus aut ad conditionem factae duntaxat exceptio [3]), omninoque causa eveniens dominii revocandi, eaque

talis, quae efficiat, ut dominium resolvatur *ex tunc* (§. 379. not. 6). 4) Remissio servitutis [4]), quae quidem et tacite fieri potest [5]), denique 5) usus per tempus definitum intermissio, s. servitutum praescriptio extinctiva, quam vocant [6]). Et tempus quidem idem constitutum est, quod rebus soli acquirendis sufficiat [7]), praeterquam quod in discontinuis servitutibus, iis certe quae exerceri nequeunt nisi alternis aut annis aut mensibus, duplicatur praescriptionis tempus, sic tamen, ut viginti annorum spatium non excedatur [8]). At vero solo non utendo non amittentur servitutes nisi praediorum rusticorum. Nam in reliquis, ex eorum quidem genere, quae praediis adhaerent, ut servientis praedii libertas restituatur, libertatis usucapio, ut vocari solet, accedat necesse est; ab usufructu autem non aliter liberabitur res, nisi per decem vel viginti annos quasi liberam rem possederit dominus [9]). Quemadmodum autem is quoque, qui intra tempus constitutum alio modo usus est servitute, quam uti debebat poteratque, velut non utendo jus suum amisit [10]), sic etiam tempus, quo usus non est jure is, cui servitus debetur, ei imputabitur, qui in locum illius successit [11]). Quodsi vero, aut naturae aut servientis domini facto, usus impeditus est servitutis tanto temporis spatio, quantum ad perimendam eam sufficiebat, tum sublato impedimento in pristinum statum restituitur jus [12]). Nec tamen solo juris abusu exstinguitur servitus [13]), non magis quam officiorum detrectatione [14]), eove, quod servitute, individua illa quidem [15]), aut pro parte aliquis usus non est, aut ex pluribus, quibus debeatur servitus, unus tantummodo sociorum intermisit usum [16]).

*) Dig. (VIII, 6). *Quemadm. servitutes amittuntur.*

1) L. 1. D. *h. t.* L. 50. pr. D. *de S. P. U.* VIII, 2. §. 3. J. *de usufr.* L. 3. §. 2. D. *de usufr. accr.* VII, 2. (cf. L. 4. D. *usufr. quemadm. cav.* VII, 9). — L. 17. D. *quib. mod. usufr. am.* VII, 4. — Caeter. vid. a) L. 8. §. 1. D. *de servo.* L. 27. D. *de S. P. R.* VIII, 3. — b) L. 18. D. *de serv.* L. 116. §. 4. *de leg.* I. L. 70 §. 1. L. 84. § 4. *eod.* L. 9. D. *commun. praed.* VIII, 4. L. 57 pr. D. *de usufr.* L. 7. §. 1. D. *de fundo dot.* XXIII, 5. L. 55. pr. D. *de bon. libert.* XXXVIII, 2.

2) a) L. 2. D. *de usufr.* L. 24. L. 50. 51. D. *quib. mod. usufr. am.* — Observ. α) area exstincta, cui servitus imposita sit aut praedii aut personae, item hanc quoque perimi, nec eam restitui, licet ad pristinum statum reversa sit res. Contra vero ad tempus duntaxat agro occupato, v. c. vi fluminis, utramque retineri servitutem. L. 23. L. 24. pr. et §. 1. D. *quib. mod. ususfr. am.* §. 3 in f. J. *de usufr.* L. 14. pr. D. *h. t.* (Vid. *Noodt* de usufr. II, 11. §. *Idem censet* et sq.). L. 10. §. 2. 3. D. *quib. m. ususfr. am.* Simileque evenit jus mobilibus rebus in usumfructum datis iisdemque exstinctis. L. 10. §. 5. 6. 7. D. *eod.* Utrum autem pro exstincta res sit habenda, nec ne, id cum ex ipsius rei qualitate, tum vero ex lege ususfructus judicandum erit. cf. L. 10. §. 4. 8. L. 11. L. 12. pr. L. 51. D. *eod.* — cf. *Averanii* interpr. V, 26. — β) Aedificio imposita servitute, sublatis postea aedibus usumfructum quidem item penitus tolli, praedii vero servitutem rursus renovari, posteaquam restitutae fuerint aedes. L. 5. §. 2. D. *quib. m. ussr. am.* L. 20. §. 2. D. *de S. P. U.* VIII, 2. — Quemadmodum autem demoliendo, sic etiam aedificando tolli potest ususfructus, sic tamen, ut sublata superficie rursus restituatur ususfructus. L. 36. pr. L. 71. D. *de usufr.* — L. 5. §. 3. L. 6. L. 7. D. *quib. m. ussr. am.* L. 9. pr. D. *si serv. vind.* VIII, 5. cf. *Noodt* l. l. II, 11. §. *Caeterum ut amittitur.* — b) L. 13. pr. D. *de S. P. R.* VIII, 3.

3) L. 4. pr. D. *de serv.* L. 16. D. *quib. m. ususfr. am.* L. 5. C. *de usufr.* III, 33. Nov. 22. c. 32. et §. seq. not. 1. — Cf. L. 12. C. *eod.* Vid. *Noodt* l. l. II, 5. §. *Interim putemus.*

4) L. 8. §. 1. D. *de serv.* — Vid a) L. 34. pr. in f. D. *de S. P. R.* (cf. supra). b) L. 65. pr. D. *de usufr.*

5) L. 8. pr. D. *h. t.* (*Höpfner* Comment. §. 568. nr. 2). — Neque vero qui non prohibet contra facientem, remittere videtur servitutem. L. 5. pr. D. *de S. P. U.* VIII, 2. Quem tamen locum alii aliter explicant (v. c. *Püttmann* opusculor. syll. Diss. V. c. 3), maxime propter L. 28. D. *communi div.* X, 3., licet ea ab hoc nostro argumento prorsus sit aliena. Caeter. vid. *Glück* X. §. 688. nr. 5.

6) At habitatio eo modo non perimitur (L. 10. D. *de cap. min.* IV, 5) non magis quam operarum servi jus. L. 2. D. *de usu* etc. *per leg. dot.* XXXIII, 2. Simile est jus itineris sepulchro debiti (L. 4. D. *h. t.*), tum etiam ususfructus alternis annis relicti (not. 8 in f.). Caeter. vid. *Thibaut* Besitz u. Verj. II. §. 58. c.

7) L. 13. C. *de serv. et aq.* III, 34. L. 16. C. *de usufr.* III, 33. — Cf. *Noodt* l. l. II, 8. §. *Amittitur igitur.* et *Glück* IX. p. 368. nr. 1. — Caeterum et in amittendis tempore servitutibus extraordinariae praescriptionis privilegia observantur. Nov. 131. c. 6.

8) L. 7. D. *h. t.* L. 14. pr. C. *de serv.* III, 34. — Secus est in *usufructu* alternis temporibus constituto, de quo vid. L. 13. D. *de usu et usufr.* rel. *leg.* XXXIII, 2. L. 28. D. *quib. m. ususfr. am.* — cf. *Cujac.* obs. XIV, 18. Vid. et *Westphal* l. l. §. 884.

9) L. 6. D. *de S. P. U.* VIII, 2. (cf. L. 4. §. 27. D. *de usurp.* XLI, 3. Vid. *Francke* civilist. Abhandl. p. 157 sqq. et infra §. 405. not. 1). L. 16. §. 2. C. *de usufr.* III, 33. — Quae qui-

dem differentia non potest videri esse sublata L. 13. C. *de serv.* quippe quae de solo temporis spatio praecipiat. Vid. *Unterh.* Verj. §. 66. *Glück* IX. p. 370 sqq. X. p. 266. (cf. P. gen. §. 62. not. 8). — Dissent. post alios *Wening* Lehrb. d. Civ. R. I, 2. §. 101. — Caeter. de iis, quae praeterea ad libertatem usucapiendam necessaria sunt vid. L. 32. §. 1. D. *de S. P. U.* et *Unterholzn.* l. l. §. 37. 38.

10) L. 10. §. 1. L. 17. L. 18. pr. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 20. D. *quib. m. ussr. am.* — L. 9. §. 1. D. *si serv. vind.* VIII, 5. L. 2. D. *h. t.* — L. 17. pr. D. *de aq. pl. arc. act.* XXXIX, 3.

11) L. 18. §. 1. D. *h. t.*

12) Vid. supra not. 2. a. *β.* et L. 34. §. 1. L. 35. D. *de S. P. R.* VIII, 3. L. 14. pr. D. *h. t.* — cf. L. 10. D. *de vi* XLIII, 16.

13) L. 11. pr. D. *h. t.* L. 1. §. 5. 6. D. *usufr. quemadm. cav.* VII, 9. — Recentiorum hac de re opiniones vid. ap. *Glück* IX. §. 658. p. 493 sqq.

14) L. 27. pr. in f. D. *de noxalib. actionib.* IX, 4. — Cui contraria non est L. 9. §. 5. L. 10. D. *de damno inf.* XXXIX, 2. Vid. *Cujac.* ad L. 48. Pauli ad edict. (opp. post. ed. *Fabr.* T. II. p. 678).

15) Vid. enim L. 14. L. 25. D. *quib. m. ussr. am.*

16) L. 8. §. 1. L. 9. L. 10. pr. D. *h. t.* — L. 5. L. 6. D. *eod.* (cf. supra §).

§. 403.

2) *Personae servitutum amittendarum causae quaedam propriae* *).

Sunt etiam propriae personae servitutum finiendarum causae, praeter eas, quas propter notionum atque causarum inter se similitudinem modo attigimus hae potissimum [1]): mors naturalis, capitis deminutio, lex. Morte igitur ejus, cui servitus debetur, personae servitutes, si ab uno illo discesseris operarum jure [2]), plerumque exstinguuntur [3]), praeterquam si ita constitutae sunt, ut ad heredes quoque transeant [4]). Capitis deminutione perimuntur usus fructus et usus, non item reliquae personarum servitutes [5]); praeterea magna fit c. d. necesse est, scil. praecipiente Justiniano [6]). Excipitur tamen ab utraque finiendi juris causa usus fructus per servum vel per filium familias quaesitus [7]). Caeterum quid finito jure alter alteri praestare necesse habeat, id ex iis, quae de usufructuarii juribus officiisque supra exposita sunt, sponte poterit intelligi, hoc tamen prae-

tereà observando: impensarum ratione, utilium quoque, minus esse juris fructuario, quam aliis, quibus rerum alienarum restituendarum incumbat necessitas officiumque [8]).

*) Dig. (VII, 4.) *quibus mod. ususfructus vel usus amittitur.*

1) Vid. enim supra §. 305. nr. 7. not. 9. et L. un. C. *si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfr. reliq.* V, 10. Sed vid. ad h. l. *auth.*

2) L. 2 in f. D. *de usu et usufr. per leg. dat.* XXXIII, 2.

3) L. 3 in f. D. *h. t.* (cf. not. 7. tum etiam Dig. VII, 2. *de usufr. accrescendo*). — De usufructu iis constituto, quae jure ac lege finguntur esse personae, vid. L. 56. D. *de usfr.* L. 8. D. *de usu et usufr. per leg. dat.* — Vid. et L. 21. D. *h. t.*

4) L. 5. pr. D. *h. t.* L. 38. §. 12. D. *de V. O.* XLV, 1. — L. 26. pr. D. *de usu et usufr. p. leg. dat.* cf. *Westphal* §. 802. — Caeter. vid. L. 14. C. *de usufr.* (coll. L. 6. pr. D. *de usufr.* L. 4. D. *si usufr. pet.* VII, 6. *E. Merillii* expos. in decis. Nr. XVI). —

5) L. 1. D. *h. t.* — L. 10. D. *de cap. min.* IV, 5. L. 10. pr in f. D. *de usu et hab.* VII, 8. L. 2. D. *de usu et usufr. p. leg. dat.* (cf. *Konopak* Inst. §. 294. not. o).

6) §. 5. J. *de usufr.* L. penult. §. 1. C. *de usufr.*

7) L. ult. C. *de usufr.*

8) L. 15. pr. D. *de usufr.*

TIT. IV.

DE ACTIONIBUS SERVITUTUM PERSEQUENDARUM CAUSA COMPARATIS.

§. 404.

I) *Petitoriae actiones* *).

Actiones quae ad jus servitutum spectant, vel ex causa constituendae servitutis, s. ex obligatione proficiscuntur, de quibus non est, quod hoc loco pluribus dicatur [1]); vel ex jure servitutis constitutae. Et in his quidem aliae petitoriae sunt, aliae possessoriae; quod utrumque actionum genus nec ad nominum nec ad fungibilium rerum usumfructum potest pertinere (§. 392 in f.). Sunt praeterea aliae etiam actiones, item inservientes servitutum juri tuendo, nec ex priori illa causa descendentes [2]); de quibus tamen, cum similiter

spectent ad plures jurium causas, velut dominii, infra (L. III. c. X.) commodior erit dicendi locus. Jam vero petitoriae sunt actiones, quibus de ipso servitutis jure certatur; earumque item duplex est species, altera confessoria, ad jus servitutis vindicandum, altera negatoria, ad rei libertatem obtinendam [3]). 1) Confessoria igitur, quae est in rem actio [4]), is utitur, qui servitutem sibi debere intendit [5]) contra quemcunque, qui servitutis usum impediat [6]), ut actoris esse jus pronuntiet judex, tantique, quanti illius intersit, non esse impeditum vel turbatum usum, tum etiam ad cautionem de non prohibendo actore praestandam, reum condemnet [7]). Utiliter hac actione experiuntur etiam creditor pigneratitius, emphyteuta, superficiarius [8]); at vero fructuarius usumfructum vindicando idem consequetur [9]). Potest et Publiciana in r. actione uti, qui servitutem sibi asserit [10]). Nec quicquam interest, utrum in juris quasi possessione sit, qui agat, nec ne [11]). Semper autem actor de jure suo probare necesse habet [12]), cujus quidem probationis, certe in servitutum praediis cohaerentium vindicatione, pars necessaria haec est, quam legitimationem ad causam pragmatici vocant [13]). Et 2) domino quidem, iisque qui habent jus in re [14]), adversus eos qui servitutem sibi vindicant, data est negatoria actio, qua jus non esse adversario actor intendit, simulque petit, ut cum id quod interest reus praestet, tum vero idonee caveat de non amplius turbando actoris dominio [15]). Atque similiter hac actione utitur, et qui non possidet, et qui velut in possessione est libertatis [16]). Quoniam autem nihil est negatoria actio, nisi pars quaedam vindicationis dominii, sequitur, ut actor simulatque dominium rei ad se pertinere probavit, partes suas rite impleverit, nec adeo de libertate rei judicem edocere necesse habeat, ne tum quidem, si juris quasi possessio sit apud eum, quocum agitur [17]).

*) Dig. (VII, 6). *Si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur.* (VIII, 5.) *si servitus vindicetur vel ad al. pertin. neg.*

1) Vid. et L. 16. §. 1. C. *de usufr.*

2) Dig. (XXXIX, 2.) *de O. N. N.* — (XXXIX, 2.) *de damno inf. et de suggrundiis et de protectionibus.* — (XXXIX, 3.) *de aqua et aquae pl. arc. act.* — (XLIII, 24.) *quod vi aut clam.*

3) L. 2. pr. D. *h. t.* (VIII, 5). — *C. F. Velthcim* actio confessoria et negatoria. Kil. 1822. (ed. 2).

4) §. 2. J. *de act.* cf. *G. A. W. du Roi* im Archiv. f. civ. Pr. VI, 14. §. 8.

5) cf. L. 6. §. 4. D. *h. t.* (VIII, 5).

6) L. 4. §. 5. L. 9. L. 10. §. 1. D. *h. t.* (VIII, 5). L. 5. §. 1. D. *h. t.* (VII, 6). L. 1. §. 25 in f. D. *de aq. quot. et aest.* XLIII, 20. — cf. a) L. 4. §. 4. D. *h. t.* (VIII, 5). — b) L. fin. D. *h. t.* (VII, 6).

7) L. 5. §. 7. D. *h. t.* (VII, 6). L. 4. §. 2. L. 6. §. 6. L. 7. D. *h. t.* (VIII, 5). L. 5. C. *de serv.*

8) L. 16. D. *de serv.* L. 3. §. 3. L. 9. D. *de O. N. N.* XXXIX, 1. L. 1. §. 9. D. *de superficieb.* XLIII, 18.

9) L. 1. pr. L. 5. §. 1. D. *h. t.* (VII, 6). — Atque in hunc sensum interpretanda etiam est L. un. §. 4. D. *de remiss.* XLIII, 25. cf. *Galvan.* l. l. c. 36. *Noodt* l. l. II, 15.

10) L. 11. §. 1. D. *de Publ. in r. act.* VI, 2.

11) L. 5. §. 7. D. *h. t.* (VII, 6). L. 6. §. 1. L. 16. D. *h. t.* (VIII, 5). §. 2. J. *de act.* — cf. *Glück* Pand. X. p. 255. not. 66.

12) L. 9. C. *de serv.*

13) cf. L. 2. §. 1. L. 6. §. 3. D. *h. t.* (VIII, 5). — *Westphal* §. 970. 71.

14) L. 4. §. 7. D. *h. t.* (VIII, 5). L. 5. pr. D. *h. t.* (VII, 6). — L. 1 in f. L. 2. D. *de O. N. N.* XXXIX, 1. arg. L. 16. D. *de serv.*

15) §. 2. J. *de act.* L. 5. §. 6. D. *h. t.* (VII, 6). L. 4. §. 2. L. 12. L. 14. pr. D. *h. t.* (VIII, 5).

16) L. 5. §. 6. D. *h. t.* (VII, 6). L. 6. §. 1. D. *h. t.* (VIII, 5). §. 2. J. *de act.*

17) arg. L. 5. pr. D. *h. t.* verb. „*Quodsi forte qui agit dominus proprietatis non sit.*" — *Hufeland* Beitr. z. Bericht. u. Erw. d. pos. R. W. St. 4. nr. 10. *Zachariae* lib. Quaest. III, 16. *N. Borst* über die Beweislast im Civilproc. p. 132 sqq. *Löhr* Magaz. III. p. 504 sqq. — Nec contrariae sunt L. 8. 14. D. *de prob.* XXII, 3. L. 7. §. ult. D. *de lib. causa* XL, 12, (quibus de principalis juris controversia ac probatione agitur); non magis quam L. 8. §. 3. D. *h. t.* (VIII, 5.) et L. 15. D. *de O. N. N.* XXXIX, 1. Vid. *Hufeland* l. l. p. 63—68. Aliter h. l. explicare conatur *Löhr* l. l. p. 511. cf. et *J. N. Hertii* D. *de quasi possessore probante* S. II. §. 2. (opp. Vol. I. T. III. p. 142 sq.). — Dissent. *A. D. Weber* Beitr. zu Kl u. Einr. N. 16. *Glück* Pand. X. §. 687. p. 254 sqq. *J. A. Seuffert* civ. Erört. (Würzb. 1820.) Nr. 1. — cf. et *du Roi* Arch. f. civ. Pr. VI. p. 298 et *Herrestorff* ibid. Bd. VIII. Nr. VI.

§. 405.

II) *Interdicta velut possessoria* *).

Cum juris quasi possessio tribuatur iis, qui servitute utuntur (§. 387. not. 17), consequens est, ut iidem etiam interdictis velut possessoriis jus suum defendere possint. Et 1) in praediorum quidem servitutibus recuperandae possessionis interdicta non inveniuntur [1]); igitur non nisi retinendi juris locum habent interdicta. Quo in genere quaedam propriis suis legibus continentur, maxime ex illorum numero, quae servitutum, rusticis adhaerentium praediis nomine dantur, haec scilicet: a) int. de itinere actuque privato [2]), ex eo potissimum pendens, quod novissimo anno per triginta ad minimum dies nec vi, nec clam, nec precario servitute usus sit actor [3]), vel etiam is, a quo jus suum ille ducit [4]). b) Int. de itinere actuque privato reficiendo; cujus sunt propriae leges hae: ut et damni infecti nomine caveat actor, et simul de jure suo edoceat judicem [5]), unde etiam rei persecutionem hoc interdictum continere dicitur [6]). c) Interdictum de aqua quotidiana et aestiva ducenda [7]); quo quidem nemo utetur, nisi qui et jus aquae ad se pertinere putet, et priori anno toto, aut per binas aestates priores, nec vi, nec clam, nec precario usus fuerit servitute [8]). d) Interdictum de rivis; aquaeductus reficiendi purgandique causa propositum [9]); in quo, licet de jure servitutis non quaeratur, at certe damni infecti cavere adversario necesse habet actor [10]). Hisque interdictis simile est e) int. de fonte, quod quidem spectat ad jus aquae hauriendae [11]). Praeterea etiam urbanorum praediorum causâ singulare Praetor proposuit interdictum de cloacis, scil. reficiendis et purgandis; cujus haec est propria vis, ut, quoniam ad publicam utilitatem spectare videatur cloacarum refectio et purgatio, hoc interdicto agere ne is quidem prohibeatur, qui vi, clam aut precario, quamvis licet ab adversario, usus sit [12]). In reliquis igitur omnibus caussis uti possidetis interdictum locum habet, non modo in

negativis, tum habendi fervitutibus [13]), verum etiam in his, quae eo continentur, ut is, cui fervitus debeatur, facere aliquid in fundo alieno, non adhibito opere manufacto, poffit [14]). Jam vero 2) quod ad perfonae fervitutes attinet, nullum peculiare earum nomine proditum eft interdictum; igitur ea, quae rerum corporalium poffeffioni tuendae inferviunt, et recuperandae unde vi, et retinendae poffeffionis interdicta, in hujusmodi caufas utiliter accommodantur [15]), et praeterea etiam interdictum de aqua [16]). Omnino autem omnium horum interdictorum utilitas eo cernitur, ut et poffeffionis caufa defendatur, et damna data refarciantur [17]). Neque vero folum adverfus dominum rei fervientis locum habent interdicta, fed adverfus quoscunque, qui fervitutis ufum impediunt, nec quicquam intereft, utrum ad fe ipfi eandem dicant pertinere juris poffeffionem, nec ne [18]). Ipfe autem dominus rei, quae fervit, fimiliter ad rei libertatem tuendam retinendae poffeffionis interdictis utitur [19]), dummodo ab adverfario rei ipfius poffeffionem effe laefam vere dici poffit; fin fecus eft, ad alias domino confugiendum erit actiones [20]).

*) *Savigny* Befitz V. Abfchn. §. 44—46. *du Roi* Arch. f. civ. Pr. VI. p. 281 fqq.

1) L. 4. §. 27 in f. D. *de ufurp.* XLI, 3. *Savigny* p. 455 fq.

2) Dig. XLIII, 19.

3) L. 1. §. 2—4. D. *h. t.* Caeter. vid. L. 1. §. 9. *eod.* — cf. et L. 3. §. 2. *eod.* *Savigny* p. 460 fq.

4) L. 3. §. 6 — 10. L. 5. §. 2. D. *h. t.* — Unde explic. L. 2. §. 3. (verb.: *ex hoc genere eft)* D. *de interd.* XLIII, 1.

5) L. 3. §. 11 fqq. L. 5. §. 4. D. *h. t.*

6) L. 2. §. 2. D. *de interd.*

7) Dig. XLIII, 20.

8) L. 1. §. 10. 19. 29 — 56. L. 6. D. *h. t.*

9) Dig. XLIII, 21.

10) L. 1. §. 9. L. 4. D. *h. t.* — L. 3. §. 9. *eod.*

[illegible] XLIII, 22.

[illegible] XLIII, 23.

[illegible] 5. D. *fi ferv. vind.* — *Savigny* p. 469 fq. cf. et L. 3. [illegible] *uti poffid.* XLIII, 17. „Item videamus, fi projectio [illegible] ni folum non jure haberi dicatur, an interdictum uti [illegible] it utile *alteri* [illegible] *us alterum?*" (i e. num et domi- [illegible] us eum, qu[illegible] projectum, et is adverfus domi-

num, uti queat interdicto?) „Et est apud Cassium relatum, *utrique esse inutile*, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem." (i. e. ad utrumque non posse pertinere interdictum, quoniam possessio solo eo, quod projectum habeat vicinus, non laedatur, nec vero ad solam praedii libertatem tuendam interdicta utilia sint. cf. context. in f. h. §.)

14) L. 20 in f. D. *de serv.* *Thibaut* Archiv. f. civ. Pr. I. p. 111 — 116. — Dissent. *Savigny* l. l. p. 455 sqq.

15) L. 3. §. 13—17. D. *de vi* XLIII, 16. — Caeter. vid. *Savigny* §. 45 in f.

16) L. 1. §. 12. D. *de aqua quot.* cf. *Sav.* p. 463. not. 5.

17) L. 1. pr. L. 3. §. 3. D. *de it. actuq. priv.* — L. 1. §. 11. *eod.* — L. 1. pr. §. 23. 27. D. *de aq. quot.* — L. 60. pr. D. *de usufr.* — L. 5. §. 17. L. 9. §. 1. D. *de vi.*

18) L. 5. §. 5. D. *de itin.* L. 1. §. 25. 26. D. *de aqua.* L. 4. D. *uti possid.* XLIII, 17.

19) L. 3. §. 2. D. *uti possid.* cf. supra §. 352. not. 7. 8.

20) cfr. §. 352. not. 6. et explicatio L. 5. §. 5. D. *uti possid.* not. 13. huj. §.

CAPUT IV.

DE JURE EMPHYTEUTICO ET SUPERFICIARIO.

§. 406.

I) *Emphyteuticum jus* *). *Ejus notio et indoles.*

Juris emphyteutici origo a praediis vectigalibus [1], tamquam a fonte repetenda est. Nam cum primo publica praedia utenda fruenda relinquerentur privatis, qui etiam in rem actionibus jus suum persequerentur, ea tamen lege, ut certum velut locatoribus penderent [2] vectigal; idem postea et in patrimonialibus et in privatorum fundis obtinuit jus [3], atque in emphyteutici juris nomen pedetentim coepit transire [4]. Et quoniam de eo, utrum ad emtionem potius an ad locationem conductionem referenda sit conventio de emphyteusi constituenda, propter ambiguam ejus formam [5], dubitabatur, constitutum est a Zenone imp., ex neutra illarum judicari debere, sed propriis suis legibus stare istiusmodi

conventionem [6]). Habet igitur emphyteuta jus plerumque perpetuum [7]) idque dominio proximum [8]), re aliena atque immobili [9]) utendi fruendi, eademque et possidendi, et vindicandi, nec non certis modis de illa statuendi, hac quidem lege, cum ut annuum domino solvat canonem, tum vero omnem rei servandae colendaeque adhibeat curam atque diligentiam.

*) Dig. (VI, 3). *Si ager vectigalis*, i. e. *emphyteuticarius*, *petatur*. — Cod. (IV, 66.) *de jure emphyteutico*. — *Elb. Leonini* praelect. in tit. C. de j. emph. (in *Ottonis* thes. V. p. 655 sqq.) — *P. Buteux* D de emphyteusi. Lugd. Bat. 1752. — *G. S. Madihn* (resp. *Riediger*) de vera indole agrorum vectigalium. Fr. 1775.

1) *Madihn* c. I. §. 3. *Savigny* §. 9. p. 86. — cf. *Hugo* R. G. ed. VIII. p. 575. *Hufeland* Geist d. R. R. II. Nr. 8. p. 60.

2) L. 1. D. *h. t.*

3) *Savigny* l. l. p. 87.

4) Vid. Rubr. Tit. Dig. L. 15. §. 1. D. *qui satisd. cog.* II, 8. L. 5. §. 4. D. *de reb. eor. qui sub tut.* XXVII, 9. — *Alciati* parerg. I, 36. *Brisson.* s. *Heinecc.* V. *embateytikon*. — Archiv f. civ. Pr. IV. p. 388 sq.

5) *A Costa* et *Marcilius* ad §. 3. J. *de loc. et cond.*

6) L. 1. C. *h. t.* — §. 3. J. *de loc. et cond.*

7) §. 3. J. *de loc. et cond.* (*Gaji* inst. III. §. 145). L. 1. D. *h. t.* — At vid. L. 3. D. *h. t.* et Nov. 120. c. 6. §. 1. cf. *Vinn.* ad §. 3. J. de loc. nr. 2 in f. et nr. 5.

8) Vid. enim. a) L. 25. §. 1. D. *de usur.* XXII, 1. b) L. 23. §. 1. D. *de aq. pluv. arc. act.* XXXIX, 3. (coll. L. 3 in f. *eod.*) c) L. 5. § 2. 3. D. *arbor. furt. caesar.* XLVII, 7. d) L. 15. §. 1. D. *qui satisd. cog.* II, 8. — At nihilo tamen secius non nisi jus in re habet emphyteuta. cf. L. 1. §. 1. D. *h. t.* L. 5. §. 4. D. *de reb. eor.* rel. XXVII, 9. L. 71. §. 5. 6. D. *de leg.* I. Unde etiam dominium semper opponitur juri emphyteuticario. T. Tit. C. *de j. emphyt.* — *Madihn* l. l. c. II. *Thibaut* civ. Abh. nr. XI. *Stever* de serv. praed. c. I. §. 3. *Savigny* l. l. p. 88. — Neque contrariae sunt L. 4. et L. 12. C *de fund. patrim.* XI, 61. L. 5. C. *de div. praed. urb.* XI, 69. similesque. Vid. *Thibaut* l. l. p. 271 sqq. — At plerique recentiorum dominium utile tribuunt emphyteutae. Vid. v. c. *Glück* Pand. VIII. p. 386 sqq. *du Roi* Archiv f. civ. Pr. VI. p. 386—399. — Mediam quandam sententiam tuetur *Hufeland* l. l. p. 71 sqq. — cf. et *Galvanus* de usufr. c. 27. nr. 5.

9) Nec agri solum, verum etiam aedes emphyteutico juri subjici possunt. L. 15. §. 26. D. *de damno inf.* XXXIX, 2. Nov. 7. c. 3. §. 2. Nov. 120. c. 1. §. 2. — Dissent. *H. Donellus* comment. j. civ. IX, 13. §. 11.

§. 407.

Emphyteutae jura.

1) Pertinent ad emphyteutam fructus praedii, utique omnes; et naturales quidem simul ut a solo separati sunt [1]). At thesaurum, velut dominii et accessionis jure, suum facere nequit [2]). 2) Rei innovandae faciemve ejus mutandae habet emphyteuta facultatem, dummodo deteriorem eam non faciat [3]). 3) Jus suum et ad heredes transmittere ab intestato [4]), et omnibus modis alienare potest, cum inter vivos, tum testamento [5]), ita tamen, ut in venditionibus faciendis rem prius ad dominum deferat, qui, si velit, tantundem intra duorum mensium spatium offerendo, quantum alius offerat, rem sibi comparare potest [6]). Praeterea 4) onera rei jure imponit, dummodo tali eam non oneret servitute, quae ipsius rei integritatem conficiat usu atque consumat [7]). Quodsi ex lege constitutionis ad dominum res reversa sit, sponte extinguuntur jura, aliorum in commodum rei imposita [8]). Denique emphyteuta 5) ad jus suum tuendum defendendumque actionibus quoque et exceptionibus utitur, praeter eas, quae ex constituendi juris descendunt causis [9]), et in rem [10]), et possessoriis interdictis [11]), aliisque, quae etiam domino, si ipse possideret, fuissent competiturae [12]).

1) L. 25. §. 1. D. *de usur.* XXII, 1. (vid. §. 365. not. 1).

2) arg. L. 7. §. 12 in f. D. *sol. matr.* XXIV, 3. — (cf. §. 356 not. 1). — Dissentiunt, praeter eos, qui dominium utile tribuunt emphyteutae, alii quoque, velut *Buteux* l. l. c. III. *Schweppe* jur. Mag. I. Nr. 10. E.

3) Nov. 7. c. 3. §. 2. — *Hofacker* pr. j. R. G. II. §. 1042.

4) §. 3 J. *loc.* — Nec solum secularis emphyteusis, verum etiam ecclesiastica, dummodo non ad tempus duntaxat constituta sit, simpliciter transmittitur ad heredes; scil. rursus sublata hujus rei prohibitione, quam aliquando sancivit Justinianus. Cfr. inter se Nov. 7. c. 3. pr. et Nov. 120. c. 6. §. 1. — *Thibaut* loq. Ausleg. (ed. 2.) p. 66.

5) §. 3. J. *loc.* L. 3. C. *h. t.* L. 1. C. *de fund. patrim.* XI, 16. L. 71. §. 5. 6. D. *de leg.* I. L. 10. D. *fam. erc.* X, 2. — Caeter. vid. L. 7. pr. D. *comm. div.* X, 3. cf. *Glück* Pand. VIII. p. 405 sqq.

6) L. 3. C. *h. t.* — Sunt, qui in aliis quoque alienationibus idem esse observandum censeant. Contra quos vid. *Glück* VIII. §. 607. — Nec vero simpliciter repugnandi alienationib. faciendis jus est domino. Vid. *eund.* §. 615. init.

7) L. 1. in f. D. *quib. mod. usufr. am.* VII, 4. L. 16. §. 2. D. *de pign. act.* XIII, 7. — cf. *Thibaut* Vers. II, 15. nr. 1.

8) L. 31. D. *de pignor.* XX, 1. — cf. §. 579.

9) *v. Wening* Lehrb. d. Civ. R. I. Bd. II. Buch §. 112.

10) L. 1. §. 1. D. *h. t.* — L. 12. §. 2. D. *de Publ. in r. act.* VII, 2. (cf. et §. 407. not. 8. d). — L. 16. D. *de serv.* (§. 404. not. 7).

11) *Savigny* l. l. p. 472. not. 1. cf. supra §. 346. not. 4.

12) arg. L. 5. §. 5. D. *O. N. N.* XXXIX, 1. L. 13. §. 8. D. *de damno inf.* XXXIX, 2. L. 11. §. 14. D. *quod vi aut clam* XLIII, 24.

§. 408.

Emphyteutae obligationes, nec non domini jura.

Emphyteuta rem recte atque ordine colere eoque nomine omnem praestare culpam necesse habet [1]; ut meliorem eam faciat, cogi tamen non potest [2]. Praeterea canonem domino soluere debet talem, qualis fundo in constituendo jure emphyteutico impositus est [3], hoc pacto, ut nec augeatur canon propter fundi incrementum, nec minuatur ideo, quod juris utilitas propter ipsius fundi decrementum minuatur [4]. Quodsi propter sterilitatem id fiat, remissionem canonis jure petit emphyteuta [5]. Denique ad emphyteutam etiam ea onera pertinent, quae publico jure rei imposita sunt [6]. Domini autem jura aut ex dominio aut ex illo ipso jure emphyteutico repetenda sunt. Vi ac potestate dominii et omnem ex re utilitatem percipit, quae quidem tribui emphyteutae nequeat, et, e medio sublato emphyteutico jure, praedium, tamquam ipso jure sibi delatum, rursus recipit (§. seq. not. 9. 10), tum etiam ab extraneo ejus possessore vindicat [7]. Ex emphyteutico jure haec potissimum manarunt domini jura: primum, ut in emendo praedio potior habeatur dominus (§. 407. not. 6); deinde, ut alienatione facta praedii, quinquagesima pars pretii, laudemium vocant [8], domino inferenda sit [9])

ab eo, qui in jus emphyteutae succedit [10]), dummodo jure valeat alienatio [11]). Denique, ut propter insignem emphyteutae negligentiam jus ad se revocare queat dominus (§. seq. not. 13 sqq.)

1) Nov. 7. c. 3. §. 2.

2) Igitur in restitutione rei facienda petere plerumque potest, ut impensae, quibus melior fundus factus est, ei reddantur. arg. c. 2. C. *h. t.* Nov. 7. c. 3. Nov. 120. c. 8. — Dissentiunt scriptores tantum non omnes. Sed vid. *Hufeland* l. l. p. 66 sqq.

3) L. 1. pr. L. 2. D. *h. t.* — Plurium ejusdem praedii emphyteuticarii sociorum solidaria est ad canonem praestandum obligatio arg. L. 7. pr. D. *comm. div.* X, 3.

4) arg. L. 3. C. *de alluvion.* VII, 41. — L. 1. C. *h. t.* — cf. in hanc et seq. not. *Höfacker* T. II. §. 1048.

5) L. 15. §. 4. D. *loc.* XIX, 2. — Basilicor. auctor T. II. p. 421. — cf. *Gesterding* Eigenth. R. p. 462 sqq. — Dissentiunt, *Costam* secuti, *Westphal* Kauf etc. §. 975. et *Glück* VIII. p. 417. not. 45. — Caeter. vid. et *Thibaut* Vers. II, 15. nr. 5.

6) L. 2. C. *h. t.*

7) Vid. §. 554. in med. nr. 1—5. §. 556. not. 1.

8) cf. *Glück* VIII. p. 481 sq.

9) L. 3. C. *h. t.* — *Leyser* med. ad Pand. sp. 104. m. 7. — Caeter. observ. a) iis, qui jure hereditario, eoque universali, succedunt emphyteutae, canonis solvendi necessitatem non incumbere. Vid. varias variorum hac de re sententias in *Glückii* Pand. VIII. §. 615. — b) „Mutato emphyteuseos dominio laudemium non deberi." *Leyser* sp. laud. m. 5.

10) *Glück* l. l. p. 479. — Praeterea a fundorum patrimonialium et reipublicae possessoribus etiam cautio praestanda est L. 7. C. *de fund. patrimonial.* XI, 61.

11) Vid. quae cum de hac re tum de similib. quaestionib. latius pertractata sunt et a *Voetio* (ad h. t. §. 31—35.) et a *Glückio* (l. l. §. 614). cf. et *Thibaut* Pand. §. 652. E.

§. 409.

Jus emphyteuticum quomodo et constituatur et amittatur.

Constituitur jus emphyteuticum et contractu [1]), et testamento, et praescriptione. Et contractus ad ecclesiasticam emphyteusin constituendam quidem, scriptis fieri debet [2]); in reliquis vero hujuscemodi causis nihil praeter consensum, quoquomodo declaratum requiritur [3]). Semper autem, ut jus in re efficiatur traditio rei accedat conventioni necesse est [4]). Praescriptione

ro emphyteusis constituitur duobus modis. Aut enim ipsum dominii praescriptione acquiritur adversus ven dominum, tamquam emphyteutam [5]), aut jus in i. e. emphyteuticum, praescribendo constituitur adsus dominum rei [6]). Pluribus etiam modis exstinguijus, his vel maxime [7]): 1) Totius praedii interitu [8]); emphyteutae, nullis quidem heredibus relictis, mor[9]); 3) remissione juris, quae etiam tacite fieri potest derelictione [10]); 4) praescriptione [11]), cujus item res excogitari solent formae [12]), denique 5) juris vatione eâ, quae poenae nomine fit, si quidem emphyta aut culpâ suâ rem deteriorem fecit [13]), aut nullâ dominum facta nuntiatione rem vendidit [14]), aut toto ennio vel non praestitit canonem, vel tributa non sol[15]). Quibus in causis, licet moram purgare nequeat phyteuta [16]), tamen ipso jure privari eum jure suo, e dici non potest [17]), siquidem domino, expellere enti emphyteutam, id per judicem facere tantum perttitur [18]).

) Vid. §. 406. not. 6. Vid. *Buteux* l. l. c. II.

) Nov. 120. c. 5. pr. et c. 6. §. 2. — Dissent. *Leyser* sp. 459. m. 5. *Buteux* l. l.

) Nam in eorum contractuum numero est, qui consensu perficiuntur. Contrariam quidem sententiam multi tuentur, propter verba „pactionibus scriptura interveniente habitis", et similia, quae leguntur L. 1. 2. 3. C. *h. t.* Sed vid. quae contra scripsit *Glück* l. l. p. 461 sq.

cf. *Vinn.* ad §. 3. J. *loc.* nr. 4.

) arg. L. 20. pr. C. *de agricol. et censit. et colon.* XI, 47.

arg. L. 12. §. 2. D. *de publ. in r. act.* VI, 2. — *Unterholzner* Verj. §. 43. nr. 4. 5. cf. et *Glück* l. l. p. 469 sqq. — Dissent. *Zimmern* in ejus et *Neustetel.* Abhdl. p. 127.

Nam aliis praeterea modis exstinguitur jus, v. c. resoluto jure constituentis (§. 407. not. 8.), tum etiam diei vel conditionis, ad quam constitutum est jus, eventu (L. 3. D. *h. t.*). Et vix est quod admoneamus, confusione quacunque emphyteuticum jus, sicut servitutum, exstingui.

) L. 1 in f. C. *h. t.*

) Caeterum, si ex pluribus heredibus alter in commodum alterius jure suo cessit, tamen nihilominus et is qui cessit, et qui ab eo descendunt, postea jure successionis ab intestato ad eos delato, dominum excludere possunt, cum propter communem omnium renuntiationum naturam atque indolem (§. 154. nr. II.), tum vero, quod renuntiari, ex Romanorum quidem praeceptis,

nequit hereditario juri (L. ult. D. *de suis et legit.* XXXVIII, 16). At aliter alii hac de re sentiunt. cf. *Glück* §. 616. p. 522 sqq.

10) arg. L. 29. C. *de pact.* II, 3. — Exc. habet L. 3. C. *de fund. patrimon.* XI, 61. — Caeterum de ista quoque quaestione varie statuunt interpp. Vid. *Glück* §. 616. p. 530 sqq. ibiq. laudd. scriptor.

11) L. 15. §. 27. D. *de damno inf.* XXXIX, 2.

12) Vid. *Glück* §. 616. p. 548. et cf. *Gesterd.* l. l. p. 442 sqq.

13) Scil. extensivâ, quam quidem pragmatici tuentur, adhibita interpretatione. Nov. 7. c. 3. §. 2. Nov. 120. c. 8. — Cf. *Thib.* Vers. II, 15. nr. 2.

14) L. 5. C. *h. t.* — cf. *Glück* l. l. p. 475.

15) L. 2. C. *h. t.* — Quod si ecclesiasticum est praedium, jam intra biennium non soluto canone amittitur jus. Nov. 7. c. 3. §. 2. Nov. 120. c. 8. — (cf. *Leyser* sp. 105. m. 5.) — Exc. vid. apud *Westenb.* pr. j. Dig. h. t. §. 31.

16) L. 2. C. *h. t.* Nov. 7. c. 3. §. 2. (Caeter. vid. c. 4. X. *de loc. et cond.* III, 18. et ad h. l. *Glück* l. l. p. 438 sq.) — Nec adeo dominus, accipiens canonem post moram in eodem solvendo admissam, juri suo renuntiasse videri potest, quandoquidem et recepto praedio, nihilominus praeteriti temporis canonem petere potest. Dissent. *Vinnius* sel. jur. qu. II, 3.

17) Quod quidem a plerisque fieri videmus, iis quoque, qui alioquin recta hac de re sentiunt v. c. a *Westenbergio* (l. l. §. 2., nec non a *Glückio* (§. 616. p. 545 sq.).

18) L. 2. C. *h. t.* — „*volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere.*" — cf. supra §. 145.

§. 410.

II) *De superficiebus* *).

Superficies s. superficium est, quidquid solo cohaeret, sive id aedes sint, sive ex alio genere res [1]). Jam vero eorum, quae, quamvis licet consentiente domino, ita in alieno habemus posita, ut cohaereant solo, proprietas ejus est, cujus et solum [2]). Potest tamen ei, qui dominus non est, jus esse in ipsa superficie, sive in privato sive in publico solo positâ [3]), idque differens a servitutum jure, cum eo, quod nec personae alicui cohaereat nec praedio, tum vero majore juris ambitu, quippe quod proxime accedat ad dominium [4]). Superficiarius igitur et ipsius quidem superficiei habet usumfructum [5]), et jus ad heredes transmittit [6]), tum etiam arbitrio suo omnibus modis recte de eo constituit [7]), eidemque servitutes aliaque onera imponit [8]), tamdiu valitura, quoad

suo statu maneat superficies. Itemque actionibus jus suum persequitur, et ex obligationis causa descendentibus [9]), et in rem utilibus [10]) aliisque, quae dominis juris sui tuendi causa comparatae sunt [11]); denique peculiari utitur interdicto, quod de superficiebus proposuit Praetor [12]). Contra vero superficiarius tributa rei imposita solvere necesse habet [13]), tum etiam, si quod solarium ex constitutionis lege praestandum est domino [14]). At dominio suo ipse etiam dominus utetur, eatenus quidem, quatenus non impeditur superficiarii jure [15]). Caeterum jus in superficie constituitur conventionibus, cum iis, quibus et dominium transfertur, tum vero maxime locationis conductionis formâ [16]). Addunt plerumque etiam testamentum et praescriptionem [17]), tamquam communes jurium in re constituendorum formas [18]). Amittendi vero hujus juris causae propriae nullae definitae sunt [19]).

*) Dig. (XLIII, 18.) *de superficiebus.* — *J. N. Hertii* D. de jure superficiario (opp. Vol. I. T. III. p. 221 sqq.).

1) L. 39. D. *de leg.* II. L. 15. pr. D. *de S. P. R.* VIII, 5. — Nihil igitur causae est, cur in aedibus tantum dicamus locum habere jus superficiei, de quo hic quaeritur. *Hofacker* pr. j. R. G. P. II. §. 1070. At vero dissentiunt tantum non omnes.

2) L. 2. D. *h. t.* — cf. §. 96. nr. 2.

3) L. 2. §. 18. D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8. L. 32. D. *de contr. emt.* XVIII, 1.

4) Igitur superficiei proprietas ad eum non pertinet. Vid. not. 2. et L. 1. §. 1, 3—5. D. *h. t.* L. 86. §. 4. D. *de leg.* I. „Valet legatum, si superficies legata sit ei, cujus in solo fuerit, licet is dominus soli sit: nam consequetur, *ut hac servitute liberetur*, et superficiem lucri faciat." *Savigny* Besitz §. 9. p. 85. §. 23. p. 249. not. 1. §. 47. — *Löhr* Mag. III. p. 487. not. 1. — At utile dominium superficiario post alios etiam tribuunt *Heise* Grundr. (ed. 3.) p. 54. not. 1. et *du Roi* (Archiv f. civ. Pr. VI, 386—399.), qui etiam provocat ad L. 9. §. 4. D. *de damno inf.* („si solum sit alterius, *superficies alterius*"). Sed vid. v. c. L. 22. D. *de usufr.* „in quo *ususfructus alterius est.*" —

5) L. 1. §. 6. D. *h. t.*

6) L. 10. D. *fam. erc.* X, 2. — L. 39. §. 5. D. *de leg.* I.

7) L. 1. §. 7, 8. D. *h. t.*

8) L. 1. §. 6, 9. D. *h. t.* L. 1. pr. D. *quib. m. ussfr. am.* VII, 4. L. 16. §. 2. D. *de pign. act.* XIII, 7. L. 12. §. 5. D. *de pign.* XX, 1.

9) L. 1, §. 1. D. et 5. D. *h. t.*

10) L. 73 in f. L. 74. L. 75. D. *de R. V.* VI, 1. L. 1. §. 1 in f. §. 5. 6. 8. D. *h. t.* — L. 12. §. 5. D. *de Publ. in r. act.* VI, 2.

11) L. 5. §. 3. D. *de O. N. N.* XXXIX, 1. L. 13. §. 8. L. 39. §. 2. D. *de damno inf.* XXXIX, 2. L. 1. §. 9. D. *h. t.* L. 1. §. 5. D. *de vi* XLIII, 16. (*Savigny* l. l. p. 473. II.).

12) L. 1. pr. 1. 2. D. *h. t.* L. 3. §. 7. D. *uti possid.* XLIII, 17.

13) arg. L. 7. §. 2. D. *de usufr.* et L. 59. §. 5. D. *de leg.* 1. — cf. *Hert.* l. l. S. I. §. 17.

14) L. 2. §. 17. D. *ne quid in loco publ.* XLIII, 8. L. 15. D. *qui pot. in pign.* XX, 4. — Vid. et L. 74. D. *de R. V.* VI, 1. — cf. *Hert.* l. l. S. II.

15) L. 1. §. 4. D. *h. t.* L. 3. §. 7. D. *uti possid.* XLIII, 17. — *Savigny* l. l. §. 23. p. 247 sq.

16) L. 1. §. 1. L. 2. D. *h. t.* — Vid. et L. 1. §. 3. D. *h. t.* — „ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causâ cognitâ ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competit."

17) arg. L. 12. §. 3. D. *de Publ. in r. act.* VI, 2. — Caeter. vid. L. 26. D. *de usurp.* XLI, 3.

18) cf. *Hert.* l. l. S. I. §. 9—11. *Gesterding* Eigenth. p. 445 sq.

19) cf. *Wening* Lehrb. l. l. §. 124. et *Gesterd.* Eigenth. p. 451 sq.

CAPUT V.

DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS.

Fr. Balduini comment. de pignorib. et hypothecis (Jpdtia Rom. et Att. T. I. p. 253—528). *M. Merlinus* Tr. de pignoribus et hypothecis (Genev.) 1650 f. — *R. Bachovii Echtii* Tr. de pignor. et hyp. Frf. 1656. 4. — *E. C. Westphal* syst. Erläut. d. Röm. Ges. vom Pfandrechte, Ed. I. Leipz. 1770. Ed. II. ib. 1791. — *J. H. C. Erxleben* principia de jure pignor. et hypothecarum. Gott. 1779. 8. — *F. C. Gesterding* die Lehre vom Pfandrecht, n. Grundf. d. R. R. Greifsw. 1816. 8. — *C. P. H. Thierbach* (praeside *J. G. Müllero*) historia juris civilis de pignorib. S. I. Lips. 1814. 4

TIT. I.

DE PIGNORIS NATURA ET INDOLE GENERATIM EXPONITUR.

§. 411.

I) *Pignoris notio et conditiones necessariae* *).

Pignus proprie dicitur rei obligatio [1]), s. jus in re aliena [2]), creditori, ejus quod sibi debetur servandi causâ, constitutum [3]). Praeterea etiam significat alias pignoris obligationem [4]), alias rem ipsam, quae pignori datur [5]). Nonnunquam autem pignus, ut quidem prae ceteris vocatur, sejungitur ab hypotheca, hoc pacto, ut pignus sit, quod creditori possidendum traditur, contra vero hypotheca, cum res ita supponitur pignori, ut possessio ejus remaneat apud debitorem [6]). Et inter utrumque, quamvis non nisi nominis sonum differre praecipiatur [7]), tamen nonnullae et sunt differentiae [8]), et plures etiam olim fuere [9]). Omnino autem ut jus pignoris sit, haec in unum concurrant necesse est: et debitoris obligatio, cui pignus accedat, et res, quae pignerationem recipiat, et factum interveniens ejusmodi, quo jus ipsum pignoris efficiatur. At de utroque priori hoc etiam loco separatim erit exponendum.

*) Dig. (XX, 1.) et Cod. (VIII, 14.) *de pignorib. et hypothecis.*

1) Vid. v. c. L. 6. D. *h. t.* L. 50. §. 2. D. *de exc. rei jud.* XLIV, 2.

2) L. 45. pr. D. *de reg. jur.* L. 29. D. *de pign. act.* L. 30 in f. D. *de exc. rei jud.* XLIV, 2. — Vid. tamen §. 369. not. 1 et infra §. 424.

3) cf. infra §. 425. — Caeterum cum pignoris jure commisceri non debet jus retinendae rei alienae, quamvis nonnumquam: quasi pignoris loco esse rem, similibusque verborum formulis, ad retentionem rei significandam utantur juris nostri auctores. Vid. v. c. L. 13. §. 8. D. *de a. e. v.* XIX, 1. L. 31. §. 8. D. *de aedil. ed.* XXI, 1. L. 15. §. 2. D. *de furt.* XLVII, 2. — cf. *Gesterding* §. 1 in f.

4) L. 1. §. 4. D. *de pact.* II, 14. L. 5. §. 2. D. *commod.* XIII, 6.

5) v. c. L. 13. §. 6 in f. D. *de pign. act.* XIII, 7. L. 9. pr. D. *de min.* IV, 4. L. 74. §. 1. D. *de evict.* XXI, 2.

6) §. 7. J. *de actionib.* L. 9. §. 2. L. 35. §. 1. D. *de pign. act.* — cf. de pignoris etymologia s. notatione verbi L. 238. §. 2. D. *de V. S.* Vid. *Menagii* amoen. j. civ. c. 39. v. *pignus.*

7) L. 5. §. 1. D. *h. t.* — cf. *J. H. Böhmer* exerc. ad Pand. III. N. 58. p. 802 sqq.

8) Vid. a) §. 4. J. *quib. m. re contr. obl.* — cf. *Noodt* ad Dig. tit. *de pign. act.* §. 1 in f. et obs. I, 7. — b) L. 15. pr. *h. t.* — c) infra §. 428. — cf. et *Gaupp* D. de nominis pign. p. 31.

9) a) cfr. §. 7. J. *de act.* verb.: „maxime si mobilis sit" cum L. 11. §. 1 et 2. L. 31. D. *h. t.* similibusq. loc. — b) infra §. 415.

§. 412.

II) *Obligatio cui pignus accedat.*

Igitur obligatio subsit necesse est, cujus nomine pignus teneatur [1]). At non solum civili obligationi pignus accedere potest, verum et naturali [2]), futurae etiam omninoque ei, quod aut ex die aut sub conditione debetur [3]). Jam vero si eatenus quidem certa est obligatio, ut nemini altero invito ab ea recedere liceat, quamvis nullum vere adhuc adest debitum, tamen, simul ut exstitit debiti causa, inde ab eo tempore, quo primum constitutum est pignus, repetetur initium juris; sin vero ea est negotii natura, ut non prius, quam debitum appareat certum ac purum, ulla adsit obligatio, tum nec pignoris causam antea exstitisse dicendum est [4]). Neque vero ad id solum, quod principaliter debetur, pignoris obligatio pertinet, sed etiam accessionum, i. e. et usurarum, cum ex obligatione tum judicis officio debitarum, et ejus quod interest, et poenae conventionalis, quam vocant, nomine velut tacito jure pignus tenetur [5]),

si modo causa illarum et una cum principali obligatione exstitit [6]), et jure legeque potest constare [7]). Similiter propter impensas, cum necessarias tum utiles, ipso jure pignus obligatum est [8]). Caeterum et fieri potest, ut pro parte debiti pignus constituatur [9]).

1) T. P. C. *Si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.* VIII, 33. L. 2. D. *quae res pign. obl. non poss.* XX, 3. L. 129. D. *de R. J.* — *Averanii* interpr. jur. II, 12. nr. 1. — L. 28 et 33. D. *h. t.* — Ceter. cf. infra §. 425. not. 1.

2) L. 5. pr. L. 14. §. 1. D. *h. t.* L. 101. §. 1 in f. D. *de solut.* XLVI, 3. cf. L. 59. pr. D. *ad Sct. Treb.* XXXVI, 1. *verb.*: „Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit." — Vid. *Auctoris* Cession §. 39. Nr. II. p. 434 sq. (ed. 2.). *W. Francke* civilist. Abhandl. (Goett. 1826) p. 80—107. p. 125—128.— Quodsi vero reprobata sit legibus obligatio, non solum pignoris nulla persecutio est, verum etiam dati est repetitio, utique tum, si etiam solutum repeti potest. Vid. L. 52. §. 1. D. *ad Sct. Vellej.* XVI, 1. — cf. *Weber* nat. Verb. §. 103 sqq. et *Thibaut* civ.Abh. Nr. 14; qui, eandem regulam secuti ut generalem, tamen inter se diffident principiorum ratione, quibus singularum causarum regatur judicium.

3) L. 5. pr. D. *h. t.*

4) Quibus positis principiis, nullo negotio explicari et inter se conciliari possunt loci, qui tantas subinde excitarunt interpretum curas: L. 13. §. 5. D. *h. t.* L. 1. pr. et §. 1. L. 9. pr. §. 1. 2. L. 11. pr. §. 1. D. *qui pot. in pign.* XX, 4. L. 4. D. *quae res pign.* XXI, 3. — cf. *Averanii* interpr. j. II, 12. nr. 6 sqq. et III, 9. *Westphal* Pfandr. §. 150. *Gesterding* p. 9 sqq.

5) L. 8. §. 5. D. *de pign. act.* XIII, 7. L. 13. §. 6. D. *h. t.* L. 18. D. *qui pot. in pign.* XX, 4. — cf. L. 11. §. 3. D. *de pign. act.* L. 4. C. *de usur.* IV, 32. — L. 22. *eod.* — „nec retineri quicquam *amplius*" (i. e. praeter poenae commissae causam) „potest." — cf. *Weber* Beitr. z. d. Lehre v. stillschw. Conventionalpfdr. nr. 3. (Vers. üb. d. Civ. R. p. 151 sqq.)

6) L. 4 in f. C. *de usur.* — *Weber* l. l. §. 2. 11. 12.

7) Igitur nec propter usuras in stipulatum non deductas pignus poterat obligari, non magis quam lege prohibitarum nomine (L. 11. §. 3 in f. D. *de pign. act.*), licet retentio, propter illas quidem, haud impediretur. L. 4 et 22. C. *de usur.*

8) L. 6. C. *h. t.* L. 8. §. 5 in f. D. *de pign. act.* — Dissent., quod quidem ad utiles impensas attinet, *Weber* l. l. §. 18.

9) L. 5. pr. D. *h. t.* L. 5. §. 1. D. *in quib. c. pign. tac. contr.* XX, 2. L. 11. §. 3. D. *de pign. act.*

§. 413.

III) *Res quae pignori subjiciantur* 1) *simpliciter spectatae* *)

Pignori esse possunt omnes res, quarum non simpliciter interdictum est commercium [1]), et quae nondum exstant [2]), et incorporales, ut nomina [3]), ut ipsum jus pignoris [4]), item militia [5]), emphyteusis et superficies [6]) ususfructus et habitatio [7]). Reliquae vero servitutes per se quidem pignori obligari nequeunt, licet recte constituantur pignoris nomine rusticorum quidem praediorum servitutes [8]). Praeterea non modo singularum rerum pignus est, verum et universitatis, quin etiam universorum bonorum [9]). De quo paullo plenius nunc erit dicendum.

*) Dig. (XX, 3.) *quae res pignori vel hyp. datae obligari non possunt.* C. (VIII, 17.) *quae res pignori obligari possunt*, vel non.

1) L. 22. C. *de sacros. eccles.* I, 2. L. 2 in f. C. *de relig.* III, 44. L. 1. C. *de patrib. qui fil. suos distr.* IV, 43. L. 5. 6. C. *h. t.* (Vid. et §. 416. not. 1.) — cf. L. 9. §. 1. D. *de pign.* L. 1. §. 2. D. *h. t.* („Eam rem, quam quis emere non potest, quia *commercium ejus non est*, jure pignoris accipere non potest.") L. 24. D. *de pign.* „In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur." Vid. v. c. L. 34. D. *de R. C.* XII, 1. — *Westphal* §. 59.

2) L. 15. pr. D. *de pign.*

3) L. 4. C. *h. t.* L. 7. C. *de her. v. act. vend.* IV, 39. (cf. §. 430).

4) Cod. (VIII, 24.) *si pignus pignori dat. sit.* (cf. §. 430).

5) L. ult. C. *de pign.* (cf. *Auctor.* Cession §. 2. p. 10. 11. ed. 1.

6) L. 16. §. 2. D. *de pign. act.* L. 13. §. 3. D. *de pign.*

7) L. 11. §. 2. L. 15. pr. D. *de pign.* L. 8. pr. D. *quib. m. pign. solv.* XX, 6. L. 29. D. *de usur.* XX, 1.

8) L. 11. §. 3. L. 12. D. *de pign.*

9) L. 15. §. 1. D. *de pign.* L. 34. pr. *eod.* L. 2. C. *eod.*

§. 414.

2) *ad juris ambitum relatae.*

Quodsi de juris ambitu quaeris, quibus ex rebus aestimetur, haud inconveniens esse videtur, tria haec ponere, tamquam genera prima: speciale, universitatis, tum universorum bonorum pignus [1]). Et speciale hoc

quidem loco vocamus rerum singularum, vel unius vel plurium, specie definitarum pignus. Eoque pignore et fructus continentur, exstantes illi quidem [2]), et quae alioquin rei accedunt [3]), neque vero quae ex eâdem ejusque proventu emta aliove modo comparata sunt [4]), non magis quam novae species ex pigneratis rebus factae, nisi nominatim, ut hae quoque pignoris loco essent, in constituendo jure cautum sit [5]). At immobilis rei formam esse mutatam, nihil nocet pignoris causae [6]). In pignore universitatis, velut gregis, tabernae, mobilium rerum, item immobilium [6b]), simul et generis inest et speciei pignus. Generis hoc pacto, ut quaecunque ex eo rerum genere debitoris sunt eruntve, securitati inserviant creditoris [7]). Ad species vero rerum ita hoc jus referendum est, ut plerumque etiam singulas res, sive apud debitorem sive apud extraneum illae exstent, vindicare liceat creditori, praeterquam si ea lege pignus constituatur, ut ad totum universitatis quasi corpus pertineat, non ad singulas, qui in ea sint, res; idque in taberna pignerata velut tacito jure receptum est [8]), scilicet propter commerciorum auctoritatem atque fidem [9]). Universorum autem bonorum pignus totum afficit debitoris patrimonium, tam praesens quam futurum [10]), praeterquam eas res, quae aut nominatim exceptae dimissaeve sunt [11]), aut, in voluntariis quidem oppignerationibus, quas verisimile est, debitorem specialiter obligaturum non fuisse [12]). Ac praeter has pignorum formas, quae satis certis ac definitis verborum notis distinguuntur, alia etiam assumenda est divisio, non minus illa quidem scitu digna, quamquam prope infinita sit, dico generalis et specialis pignoris disjunctionem. Etenim quemadmodum omnino in rebus causisque tractandis, sic etiam in hoc nostro argumento, alias aliter genus speciei opponitur, ut non nisi ex dictorum inter se comparatione certa verborum significatio erui possit. Igitur universo debitoris patrimonio ita pignori obligato, ut universitas quaedam bonorum, velut gregis, aut omninò omnium mobilium, vel excipiatur, vel separatim obligetur, haud

sane dubitandum, quin ex receptissima loquendi consuetudine universitatis pignus, tamquam speciale, opponatur universorum bonorum pignori, ut generali. Rursus autem, si plurium rerum complexus, sive certo definitae sint speciebus sive non, obligantur pignori, de singulis vero ex eo numero specialiter quaedam cauta sunt, profecto nihil impedit, quo minus hujus quoque disjunctionis significandae ac declarandae gratia, eadem illa generis et speciei verba adhibeantur [13]). Atque in omnibus omnino hujuscemodi caussis suâ naturâ ac velut communi jure fit, ut species deroget generi [14]), nec pignus, ut quidem proprie dicitur (§. 411. not. 5.), generaliter possit constitui [15]), tum etiam, quotiescunque generale pignus futuras quoque comprehendat res, de praesenti dominio quaerere nihil attineat [16]). Praeterea singulari jure obtinuit, ut res specialiter obligatae, eaeque ex mobilium genere, a debitore nequeant alienari [17]).

1) cf. *Hertii* D. de different. pign. generalis et special. (opp. Vol. II. T. II. p. 118 seqq.). *G. A. Merz* (Pr. *E. Schradero*) D. de vera indole divisionis hypothecarum in generales et speciales. Tub. 1818. 8. *C. Carrard* (Pr. *J. F. de Malblanc*) de auctoritate hypothecarum generalium *rel.* Tub. 1820. *C. L. Caplick* vindiciae sec. omn. fere ICtor. de general. specialisq. hyp. discrimine sententiam. Goett. 1820. — Qui scriptores ut inter se dissentiunt, ita nec cum iis conveniunt, quae hac de re a nobis tradita sunt.

2) L. 1. §. 2. L. 16. §. 4. D. *de pign.* L. 3. C. *in quib. c. pign. tac. contr.* VIII, 15. *Westphal* §. 17. (cf. et §. 427. not. 3. nr. 1.).

3) L. 16. pr. D. *de pign.* L. 21. D. *de pign. act.* XIII, 7. — Caeter. vid. L. 1. §. 1. D. *de pign.* (cf. L. 24. D. *de pecul. leg.* XXXIV, 8.) L. 26. §. 2. D. *de pign.*

4) L. 7. §. 1 in f. D. *qui pot. in pign.* XX, 4. L. 5. C. *in quib. c. pign. tac.*

5) L. 18. §. 3. D. *de pign. act.*

6) L. 16. §. 2. L. 29. §. 2. D. *de pign.*

6 *b*) Quod quidem plerique ab universitatis pignore solent sejungere; haud scio, an nulla ratione. Nisi forte certas harum rerum species hypotheca complectatur; quod quidem speciale pignus est plurium rerum, item illud certa ratione ad generale pignus referendum. Vid. not. 14.

7) L. 13. pr. D. *de pign.* (cf. not. 9). — L. 32. *eod.* (cf. et §. 416. not. 13).

8) L. 34. pr. D. *de pign.*

9) Caeterum quae de taberna praecipiunt juris nostri auctores, etiam in alias convenire universitates, et vel maxime in gregem pignori obligatum (propter L. 13. pr. D. *de pign.*), a plerisque defenditur. Vid. *Glück*. Pand. XVIII. §. 1079, qui varias variorum et de hac quaestione et omnino de universitatis pigneratae jure recenset opiniones p. 229—235.

10) L. 9. C. *quae res pign.* VIII, 17. — L. 1. pr. D. *de pign.* — Formularum, quibus uti solebant Romani in universorum bonorum pignore constituendo vid. L. 6. L. 34. §. 2. D. *de pign.* L. 21. pr. D. *qui pot. in pign.* XX, 4; aliisque in locis, quos collegit *Caplickius* l. l. p. 34 sqq. — cf. *Müller* l. l. p. 55 sq. Observ. a) Futurarum rerum pignus hic quoque non ex adquisitionis verum ex juris constituti tempore aestimari. arg. L. 15. §. 1. D. *de pignor.* cf. not. 16. L. 21. pr. D. *qui pot. in pign.* (— cf. §. 416. nr. 5. Caeter. vid. §. 431. not. 2. b.). cf. *Noodt* ad tit. Dig. de pign. §. *Nunc videndum.* — Neque contraria est L. 7. §. 1. D. *qui pot. in pign.* (Vid. *Westphal* §. 41. not. 64. et *Unterholzner* jur. Abh. p. 74.), ac multo etiam minus L. 34. §. 2. D. *de pign.* (cf. *Baumbach* im Arch. f. civ. Pr. IV. nr. 7. §. 3. 4) Dissent. cum aliis *Glück* XVIII. p. 214 sqq. — b) Etiam universorum bonorum pignori semper fere inesse singularum rerum pignus L. 15. §. 1. D. *de pign.* L. 2. D. *qui pot. in pign.* (cf. §. 426. not. 4. et infra not. 14. L. 17. C. *de distr. pign.* VIII, 28. L. 8 in f. C. *de sec. nupt.* V, 9. Vid. *Bachov* l. l. Lib. I, 5. nr. 3. *Voet* ad Pand. tit. de pign. §. 14. *Seuffert* Erört. II, 19.

11) Vid. et L. ult. C. *de remiss. pign.* VIII, 26. (cf. §. 424. not. 10.)

12) L. 6—8. L. 9. pr. D. *de pign.* (cf. *Sammet* opusc. p. 144 sqq.) L. 1. C. *quae res pign.*

13) Vid. v. c. L. 11. §. 2. D. *qui pot. in pign.*

14) L. 2. C. *de pign.* (cf. §. 426. not. 4.)

15) L. 15. pr. D. *de pign.*

16) L. 1. pr. L. 15. §. 1. D. *de pign.* (cf. §. 416. not. 15. §. 427. not. 6.).

17) Vid. §. 425. not. 2. nr. *a. b.*

TIT. II.

QUIBUS MODIS PIGNUS ET CONSTITUATUR ET FINIATUR.

§. 415.

I) *De pignorum constitutione. Argumenti adumbratio.*

Antiquitus quidem duae erant rerum velut obligationis formae: fiducia [1]) et pignus, hujusque vis omnis in sola custodiendae retinendaeque rei potestate posita erat, donec jus possessionis impertitum est creditori-

bus [2]). Accesserunt deinceps aliae etiam rerum obligandarum formae, ut hypothecae [3]), ut testamentarii pignoris, ut eorum, quae aut a legis aut a magistratus auctoritate proficiscuntur; hisque, tantum non omnibus, etiam in rem actio addita est [4]), quoad quidem rei obligatae natura id pateretur (§. 342). Quodsi igitur de constituendi pignoris modo ac ratione quaeritur, duplex est pignoris genus, unum voluntarii, alterum necessarii. Et voluntarium quidem vocamus, quod vel conventione nititur, vel testamento. Reliquae omnes pignorum species ad alterum referendae sunt genus.

1) *Gaji* inst. II, 59. 60. *Paulli* rec. sent. II, 13. *Isidori* orig. V, 25. (ap. *Gothofr.* auct. Lat. ling. p. 932.) — cf. *F. C. Conradi* D. de pacto fiduciae (scripta min. ed. ab *L. Pernice* Vol. I. Hal. 1823. 8. Nr. IV.). Exerc. I. §. 16—21. Exerc. II. §. 11—31. — *Müller* s. *Thierbach* l. l. §. 6.

2) *Savigny* Besitz §. 42. p. 252 sq.

3) *Cic.* ep. ad Div. XIII, 56. — L. 4. D. *de pign.*

4) §. 7. J. *de act.* L. 17. §. 2. D. *de pact.* II, 14. — cf. *Müller* s. *Thierbach* l. l. §. 7. — *Löhr* Mag. III. Nr. 4 et praem. p. X—XIII. — cf. L. 2. C. *de praet. pign.* VIII, 22.

§. 416.

A) *De voluntario pignore* *) 1) *generatim exponitur.*

Voluntarii pignoris natura his maxime legibus generatim continetur: 1) Non recte constituitur pignus in iis rebus, quarum alienatio prohibita est, licet earum sit commercium [1]), tum etiam, ut ipsum jus pignoris exoriatur, legitima observanda est alienationis forma, si qua est legibus praescripta [2]). 2) Nec propriam rem pignori potest obligare, nisi qui liberum habet ejus administrandae alienandaeque jus [3]). 3) Rei alienae nulla fere obligatio est [4]), praeterquam si ab eo fiat, cui id aut a domino aut a magistratu concessum est. Quemadmodum autem tacite videtur consensisse dominus, qui, sciens hoc agi, in fraudem creditoris ignorantis dissimulaverit [5]), sic etiam rei alienae pignus nonnumquam convalescet, idque aut domini ratihabitione [6]), aut dominii conditione, pignoris obligationi apposita, postea eve-

niente [7]), aut alioquin dominio translato ad eum, qui ignoranti creditori pignus conftituit rei alienae [8]), denique eo, quod dominus rei heres exftitit ei, qui pignori illam obligavit [9]). Quibus in caufis, quamvis per fe quidem retro convalefcat pignus [10]), femper tamen potiores erunt hi, quibus a vero domino, eo quidem tempore, quo nondum e medio fublatum erat vitium, res obligata eft [11]). 4) At vero nemo impeditur, quo minus pro aliena obligatione rem fuam pignori det fupponatve [12]). 5) Poteft etiam fub conditione aut fub die pignus contrahi, quo quidem facto, pofteaquam dies vel conditio exftitit, item ad pignoris conftituti tempus fere revocabitur jus [13]).

*) Dig. (XX, 1. de pignorib. et hypoth. et) *qualiter ea contrahantur et de pactis eorum.* — Cod. VIII, 17. *Quae res pign. obl. poff. v. non et qualiter pignus contrahatur.*

1) L. 1. §. 2. D. *quae res pig. obl. n. poff.* XX. 3. (*Glück* §. 1091. p. 204 fqq.) L. ult. C. *de reb. alien. non alienand.* IV, 51. (Caeter. cf. §. 578. not. 8.) L. 3. §. 2. 3. C. *comm. de leg.* VI, 43. et fupra §. 350. Quae, ut aliae ejus generis prohibitiones (ut L. 5. C. *quae res pign. dari poff.* VIII, 17.), non nifi ad pignorum conftitutiones pertinent, quae privatorum arbitrio fiant. cf. et L. 5. §. 1. D. *de reb. eor. qui fub tut. non al. v. fuppon.* XXVII, 9. — Caeter. vid. *Meifsner* ftillfchw. Pfandr. §. 31—34.

2) ut in rerum pupillarium, ecclefiafticarum, aliarumque alienatione. Vid. *Meifsner* not. 1. laud.

3) Pr. et §. 2. J. *quib. al. lic. v. non.* L. 1. pr. D. *quae res pign. obl. n. poff.* — cf. a) L. 31. D. *h. t.* (vid. §. 424. not. 6.) — b) L. 18. §. 4. D. *de pign. act.* — c) De rei communis obligatione vid. L. un. C. *fi comm. res pign. data fit* VIII, 21. — L. 7. §. 4. D. *quib. m. pign. folv.* XX, 6. — L. 6. §. 8. et 9. D. *comm. div.* X, 3. — L. 3. §. 2. D. *qui pot. in pign.* „Poft divifionem regionibus factam inter fratres convenit, ut, fi frater agri portionem pro indivifo pignori datam a creditore fuo non liberaffet, ex divifione quaefitae partis partem dimidiam alter distraheret: pignus intelligi contractum exiftimavi; fed priorem fecundo non effe potiorem, quoniam fecundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem fuam frater non confentiente focio non potuit obligare." Vid. *Cujac.* ad Lib. XI. refp. Papiniani (opp. pofth. ed. *Fabr.* T. I. P. I. p. 487 fq.).

4) L. 2 et 6 C. *fi aliena res pign. data fit.* VIII. 16. L. 2. D. *de pign. act.* — Caeter. vid. a) L. 9. §. 4. L. 16. §. 1. *eod.* (*Glück* Pand. XIV. p. 27.) — b) L. 18. D. *de pign.*

5) L. 2. C. *fi al. res pign. data.* — Ac multo etiam minus de domini confenfu dubitari poterat in ea quaeftione, quam propo-

nit Modestinus L. 26. §. 1. D. *de pign.* Cui nec contraria est L. 59. D. *de pign. act.* Vid. Schol. Basil. IV. p. 30. not. m.

6) L. 40. pr. D. *de pign. act.* — Tacitam ratihabitionis speciem vid. L. 5. §. 2. D. *in quib. c. pign. tac. contr.* XX. 2. *Westphal* §. 1. not. 39.

7) L. 16. §. 7. D. *h. t.* — cf. a) L. 3. §. 1. D. *qui pot. in pign.* b) L. 1. pr. D. *h. t.* cf. §. 414. not. 16.

8) L. 41. D. *de pign. act.* (not. 9). L. 5. C. *si aliena res pign.* (VIII, 16). „Cum res, quae necdum in bonis creditoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipiat: *ordinariam quidem actionem* super pignore non competere, manifestum est, sed tamen *aequitatem facere*, ut facile *utilis persecutio* exemplo pigneratitiae detur." — L. 1. pr. D. *h. t.* (XX, 1.) — „postea debitori dominio quaesito, *difficilius* creditori, *qui non ignoravit alienum*, utilis actio dabitur: *facilior erit possidenti retentio.*" — cf. *Gesterding* p. 75 et inprimis *Meyer* im Archiv f. civ. Praxis IX. Nr. XII. p. 247—255.

9) L. 22. D. *h. t.* (*Modestinus*). „Si Titio, qui rem meam, ignorante me, creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori." — Dissent. *Paullus* L. 41. D. *de pign. act.* (XIII, 7). „Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus ejus rei esse coepisti: datur utilis actio pignoratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero; hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori: neque utique sufficit ad competendam utilem actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. (Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacia arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur." Vid. not. 8). — Dissent. *Paullus* L. 41. D. *de pigner. act.* — Quae ut inter se conciliarent loca frustra saepius fuerunt interpretes, quorum magnam copiam laudarunt *Glück* (XIV. p. 32 sqq.) et *Schulting* nec non *Smallenburg* in not. ad L. 41. cit. Quib. add. *Gesterd.* p. 80 sqq. et *Meyer* l. l. p. 260—264. — Caeterum Modestini sententia magis conveniens est juris rationi. L. 1. §. 1. D. *de exc. rei vend. et trad.* XXI, 3.

10) L. 16. §. 1. D. *h. t.* — L. 3. §. 1. D. *qui pot. in pign.* — Neque contraria est L. 9. §. 3. D. *eod.* (XX, 4). „Titia praedium alienum Titio pignori dedit; post Maevio; deinde domina ejus pignoris facta, marito suo in dotem aestimato dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat; tunc enim priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur. In proposito autem maritus emtoris loco est, atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. Hanc tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit, Maevio obligatum esse." — Quem in locum vid. *Meyer* l. l. p. 254—258. — Caeterum cf. et *Westphal* Pfandr. §. 170. not. 188.

11) arg. L. 18. §. 2. D. *de pign. act.* L. 12. C. *de distr. pign.* VIII, 28.

12)

12) L. 5. §. 2. D. *h. t.*

13) Vid. §. 118. nr. 5. — Excipitur autem pignoris obligatio hunc in modum facta: ut, quae in certum aliquod praedium „inducta, invecta, importata, ibi nata partave essent" (L. 54. D. *de pignor.*), pignori subjicerentur; quo quidem facto, non antea erit pignus, quam eventus ille exstiterit. L. 11. §. 2. D. *qui pot. in pign.* XX, 4.

§. 417.

) *Speciatim exponitur* a) *de pignore quod conventione contrahitur, eoque α) simplici.*

Pignus conventionale, ut quidem vocant, aut re ontrahitur (§. 411. not. 8. a), aut pacto; idque pror- s nullam desiderat juris solennitatem [1]). Atque utro- ıe modo et tacite fieri potest pignoris obligatio [2]), et ır procuratorem rectâ viâ domino acquiritur jus [3]).

1) L. 1. pr. D. *de pign. act.* L. 4. D. L. 15. §. 5. D. *h. t.*

2) *Hertii* D. de pignore conventionali tacito (opp. Vol. II. T. III. p. 106 sqq.). — *Weber* Beiträge zu der Lehre v. stillschw. Conventionalpfdr. (Versuche Nr. II. p. 77. sqq.) — *Meissner* stillschw. Pfandr. I, 1. — Exempla vid. §. 412. not. 5. §. 416. not. 5. 6. quibus etiam add. a) L. 13. §. 11. D. *loc. cond.* XIX, 2. — b) L. 5. C. *eod.* IV, 65. „Certi juris est, ea *quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint*, pignoris jure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini: nam ea quoque pignoris jure tenentur" (cf. §. 422. not. 2). — *Balduinus* c. 6. (p. m. 267). *Weber* l. l. p. 79 sqq. Dissent. *Meissner* stillschw. Pfdr. §. 72.

3) L. 21. pr. D. *h. t.* L. 2. C. *per quas pers. nobis acq.* IV, 27. — *Merlinus* l. l. L. II. Tit. III. Qu. 101. *Auctoris* Cession §. 11. p. 94 sqq. (ed. 2.)

§. 418.

β) publico et quasi publico.

Publicum pignus ex Romani juris sententia id in- lligere licet, quod instrumento aut a magistratu aut a bulario confecto nititur; quasi publicum, quod instru- ento trium ad minimum virorum subscriptione munito nitum est [1]). Atque utriusque similis est vis ac pote- ıs, haec quidem, ut, qui eo modo habent jus consti- tum, aliis praeferendi sint creditoribus, item haben- ous jus pignoris [2]), dummodo ex conventionalium nu-

mero [3]), nec peculiari instructi sint privilegio [4]). Quod quidem jus non ad obligationis causam referendum est, verum ipsis pignoris constituti tabulis tribuendum [5]). Caeterum longa alia est ratio et indoles pignorum publicorum, quibus hodie utuntur in plerisque Germaniae terris [6]).

1) L. 11. C. *qui pot. in pign.* VIII, 18. (Imp. Leo). (cf. L. 52. C. *de ep. et cler.* I, 3. Nov. 73. c. 2.) — *Spangenberg* Diss. de modo confic. instrum. ap. Rom. — jur. Rom. tab. sol. coll. (Lips. 1822), praemissa C. II. S. 3. — *J. H. Böhmer* praerogativa hypothecarum publicarum (exerc. ad Pand. III, 60.) c. 1. §. 5—7.

2) „eum qui instrumentis publice confectis nititur *praeponi*, *etiamsi posterior is contineatur*, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur." — *Böhmer* l. l. §. 5. *Westphal* §. 166. not. 134 in f. *Zimmern* in ej. et *Neustetelii* röm. rechtl. Unters. II. p. 301 sq. *Löhr* Archiv f. civ. Pr. VI, 6. §. 3. — Dissent. *Gesterd.* p. 250 sqq. *Glück* XVIII. §. 1081.

3) Vid. *Dabelow* Concurs p. 311. *Meissner* stillschw. Pfandr. §. 59 in f., qui et varius aliorum hac de re opiniones sub examen vocat. Dissent. etiam *Löhr* l. l. §. 5, ea maxime motus ratione, quod alioquin impeditissimus foret huj. leg. usus (cf. not. 5). — Jam vero in eorum terminis pignorum, quae scriptis contrahuntur, consistere non posse Leonis constitutionem, id interpretandi praeceptis, quae supra (§. 62 in f.) tradidimus, his confirmatur.

4) *Thibaut* civ. Abh. p. 126. — Dissent. *Schweppe* jur. Mag. p. 149 sq.

5) — „Sin autem *jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare* quis sibi contenderit." — Dissent. *Löhr* §. 1 in f. et §. 5.

6) *J. H. Böhmer* l. l. c. 2. *J. H. Hellfeld* de praerogat. hyp. publ. rel. (opp. Nr. 9) Sect. III. *Gesterding* p. 255 sqq. — cf. *J. C. Eschenbach* Beiträge z. Mecklenb. Recht I. (Rost. 1811.) p. 5—46.

§. 419.

b) *De testamentario pignore.*

Testamento pignus in securitatem aut legatariorum [1]) aut creditorum [2]) constitui potest, itemque tam in testatoris quam in heredis bonis [3]). Quod quidem pignus et tacitum esse potest [4]); at non item in illud convenire ea videntur, quae de publicorum pignorum jure constituta sunt [5]). Caeteroquin ex legatorum fidei-

vecommissorum natura testamentarii pignoris vis aestimanda erit [6]).

1) cf. L. 1. C. *comm. de leg.* VI, 43.
2) L. 26. pr. D. *de pign. act.* — cf. *Müller* l. l. §. 12.
3) *Bachov* l. l. I, 7. pr. 5. et II, 3. nr. 3.
4) *Glück* XVIII. p. 191.
5) Certe ex eis, quae de quasi publicis instrumentis praecipiuntur, non cogitasse de testamentario pignore imperatorem colligi poterit. Caeter. vid. *Glück* XVIII. p. 292 in f. et §. 418. not. 3.
6) *Gesterding* §. 14.

§. 420.

B) *De necessario pignore 1) summatim differitur.*

Necessarium est pignus, quod aut a magistratus auctoritate aut a lege proficiscitur [1]). Nam usucapione pignus constitui nequit [2]). Jam vero prioris illius duplex est forma. Altera praetorii, quod ex missione in bona proficiscitur [3]), altera ejus, quod judicati exsequendi causa captis pignoribus constituitur [4]); judiciale vocant. Quoniam vero utrumque hocce argumentum supra jam tetigimus, cum in rei judiciariae ratione exponenda versabamur [5]), hunc quidem haec etiam praecipere sufficiat: nec privilegio ullo gaudere istiusmodi pignora [6]), nec tamen minorem iis inesse vim, quam reliquis [7]), praeterquam quod, qui immissi sint creditores, nulla inter ipsos utantur temporis praerogativa [8]). Reliquum igitur est, ut de legali (quo quidem verbo dicitur) seu tacito pignore [9]) exponamus. Qua in re eam sequemur rationem, qua vulgo utuntur, hoc pacto, ut universorum bonorum pignus ab eo distinguatur, quod vel in singulis rebus vel in parte aliqua bonorum locum habeat.

1) Vid. etiam, quod ad jus antiquum attinet, *Gaji* inst. IV, 26 sqq.
2) *Unterholzn.* Verj. §. 6. nr. 2. §. 43. nr. 6. — Dissent. *Dabelow* Verj. I. p. 439. — cf. et *Günther* pr. j. r. §. 673. not. b.
3) L. 26. pr. D. *de pign. act.* L. 12. D. *pro emt.* XLI, 4. T. T. C. *de praetorio pignore* VIII. 22. — *Cujac.* obs. V, 30.
4) Cod. (VIII, 23.) *si in causa jud. pign. capt. sit.* — L. 15. §. 4. D. *de re jud.* XLII, 1. — L. 7. 8. et Auth. *agricultores* C. *quae*

res pign. VIII, 17. — *C. W. Küstner* pignus in causa judicati captum. Lips. 1744.

5) §. 165. §. 166. 167.

6) *Dabelow* Concurs p. 513 et 622.

7) L. 10. D. *qui pot. in pign.* XX. 4. — cf. L. 2. C. *de praet. pign.*

8) L. 5. §. 5. D. *ut in poss. leg.* XXXVI, 4. — cf. *Cujac.* IX. obs. 37. — At vero eos vincent missi a Praetore, qui post missionem pignus aut conventione, aut capione, aut lege consecuti sunt. L. 3. C. *ut in poss. leg.* VI, 54. L. 2. C. *quib. pot. in pign.* VIII, 18. *Voet* ad Pand. Tit. XX, 4. §. 28. *Küstner* l. l. §. 21. — Dissent. *Glück* XVIII. p. 276 sq.

9) L. 4. §. 1. D. *in quib. c. pign. tac. contr.* XX, 2. — cf. L. pr. („quasi id tacite convenerit"). L. 6. *eod.*

§. 421.

2) *Speciatim de tacito seu legali pignore* *) *eoque* a) *universorum bonorum.*

Universorum bonorum pignus lege tribuitur 1) fisco [1]) in bonis debitorum, non omnis rei debitae causâ [2]), sed eorum tantummodo, quae aut tributorum suo tempore non solutorum nomine [3]), aut ex contractu [4]) ei debentur; quo in genere etiam id haberi convenit, quod ex rerum fiscalium administratione solvendum est fisco [5]). 2) Ecclesiae in emphyteutae bonis, ejus quidem nomine, quod propter emphyteusin in deterius mutatam praestandum est [6]). 3) Marito propter dotis inferendae vel instaurandae obligationem, scil. in ejus bonis, qui ipsi ad dotem dandam obligatus est [7]). 4) Uxoribus, verae ac probatae fidei illis quidem [8]), in maritorum bonis [9]), cum dotis restituendae nomine [10]), tum donationis propter nuptias [11]), nec non paraphernorum causâ [12]). Praeterea 5) in bonis vidui vel viduae, novum contrahentis matrimonium, iis lex tribuit pignus, qui ejus, quod sub viduitatis conditione relictum est, repetendi jus habent [13]). Porro 6) liberis in bonis et patris, propter nonnullas res ex adventitiorum genere [14]), et utriusque parentis ad secunda vota transeuntis, scil. eorum causa, quae propter novas parentum nuptias acquiruntur liberis [15]), et ipsius

vitrici, cui quidem mater, tutrix facta liberorum, tutelae nondum redditis rationibus nupsit [16]). Denique 7) iis qui sub tutela sunt vel sub cura, tantum non omnibus, in tutorum curatorumve bonis [17]).

*) Dig. (XX, 2.) Cod. (VIII, 15.) *in quib. c. pign. v. hyp. tacite contrahitur.* — *J. T. Schnorr* (Pr. *J. T. Segeno*) historia jur. civ. de pignorib. tacite contractis. Lips. 1772. *F. A. Meissner* vollst. Darstellung d. Lehre vom stillschw. Pfandr. Th. I. II. Leipz. 1803. 1804.

1) Vid. et supra §. 229. not. 4.

2) Arg. L. 10. pr. D. *de pact.* II, 14. L. 17. *de J. F.* XLIX, 14. L. un. C. *poenis fiscalib. creditores praeferri* X, 7. — Contraria esse videtur L. 46. §. 3. D. *de J. F.* „Fiscus semper habet jus pignoris." *Ulr. Huber* ad Pand. XX, 4. §. 38. — cf. *Dabelow* Concurs p. 222. Dissent. *Meissner* l. l. p. 249. nr. IV.

3) L. 1. C. *h. t.* L. 1 in f. C. *si propt. publ. pensit.* IV, 46.

4) L. 2. C. *h. t.* L. 28. L. 47. pr. D. *de J. F.* XLIX, 14. L. 3. C. *de privil. fisci* VII, 73.

5) Arg. L. 3. C. *de primipilo* XII, 63. *Meissner* p. 245 sq. — Dissent. *Glück* XIX. p. 71 sqq. — cf. et §. 431.

6) Nov. 7. c. 3. §. 2.

7) L. un. §. 1. C. *de re uxor.* V, 13.

8) Nov. 109. c. 1. 2. (cf. et pr. Nov. 109. et L. 2. C. *de haer.* I, 5). — De mulierib. Judaicis non una est recentiorum sententia. cf. *Meissner* §. 158 sq. *Glück* XIX. p. 111—119.

9) cf. L. 30. C. *de j. dot.* V, 12. Vid. *Löhr* im Arch. f. civ. Pr. VII. Nr. XV, 2. et infra §. 431.

10) L. un. §. 1. C. *de rei ux. act.* — Neque vero idem tribuendum est jus extraneo, qui quidem dotem repetendi jus habet, (*Glück* XIX. p. 120 sq. Dissent. *Meissner* §. 161), non magis quam sponsae (*Meissner* §. 156, *Glück* XIX. p. 98—106; cf. supra §. 268 in f.), eive, quam vocant putativam uxorem, certe ex juris civilis ratione. cf. §. 268. not. 2. *Meissner* §. 157. *Glück* l. l. 107—111.

11) L. 11. C. *de pact. convent.* rel. V, 14. — cf. *Meissner* §. 163. *Glück* l. l. p. 124 sqq.

12) Nov. 109. c. 1. *Meissner* §. 164—166.

13) Nov. 22. c. 44. §. 2. — cf. *Voet* ad Pand. XX, 2. §. 23. *Heise* Grundr. (ed. III.) p. 59. not. 14.

14) L. 8. §. 5. C. *de secund. nupt.* (V, 9.), coll. cum Nov. 2. c. 2. (vid. et supra §. 304. not. 11. et §. 280. not. 1). *Meissner* §. 151. — Caeterum omnis peculii adventitii nomine liberis hoc jus tribuendum esse plerique affirmant. *Hellfeld* D. de diverso pignoris jure, liberis in parent. bonis competente (opusc. Nr. 7.) §. 14. Contra vero *Löhrius*, historicam interpretandi rationem secutus, ad peculium adventitium plane non esse referendum autumat istoc pignoris genus: Archiv f. civ. Pr. IX. Nr. IV.

15) L. 6. §. 2. L. 8. §. 4. C. *de sec. nupt.* V, 9. Nov. 22. c. 24. (cf. §. 280. not. 1).

16) L. 6. C. *h. t.* Nov. 22. c. 40. (cf. §. 280 in f.).

17) L. 20. C. *de adm. tut.* V, 57. L. 7. §. 5 in f. et §. 6. C. *de cur. fur.* V, 70. Nov. 22. c. 40. Nov. 118. c. 5 in f. — (*Meissner* §. 114—118.) — cf. §. 340 in f. et §. 341. not. 5. Vid. et *Glück* l. l. p. 147 in f. — 154.

§. 422.

b) *Singularum rerum, vel partis bonorum pignus.*

Hujusmodi pignus competit 1) locatori praedii rustici, pensionis sua die non solutae omninoque ejus ratione, quod ex contractu locationis debetur, in fructibus, quae ex fundo locato nascuntur [1]); item 2) praedii urbani locatori ex simili obligationis causa, in illatis atque invectis conductoris [2]), ejusve, qui ab hoc rem habet vel partem ejus conductam [3]). 3) Ei, qui ad aedes reficiendas mutuam dedit pecuniam, in ipsis quidem aedibus [4]). 4) Pupillis minoribusque in iis rebus, quae ex pecunia eorum comparatae sunt [5]). 5) Legatariis et qui similes sunt legatoriorum, eorum consequendorum causâ, quae illis relicta sunt, in ea quidem bonorum parte, quae ad oneratos pervenit ex hereditate [6]).

1) L. 7. pr. D. *h. t.* (cf. L. 61. §. 8. D. *de furt.* XLVII, 2). — (*Schnorr* s. *Seger* l. l. §. 8). — L. 24. §. 1. D. *loc.* XIX, 2. — cf. *Glück* XVIII. p. 441 sq. nr. I. II.

2) L. 4. pr. D. L. 7. §. 1. D. *h. t.* L. 4. pr. D. *de pact.* L. 7. C. *h. t.* — L. 5. C. *loc.* (cf. §. 417. not. 26). — Vid. et a) L. 5. L. 4. §. 1. D. *h. t.* (cf. *Weber* Vers. p. 81 sqq.). — b) L. 2. *eod.* — c) L. 6. *eod.* — *Meissner* §. 59—63. cf. et *Glück* XVIII. p. 422 sqq.

3) L. 11. §. 5. D. *de pign. act.* — *Meissner* §. 64. — cf. et *Auctoris* Cession p. 298 sq.

4) L. 1. D. *h. t.* (cf. §. 205. not. 14). — De quo loco vid. *J. F. A. de Back* (in *Oelrichs* thes. diss. in ac. belg. hab. Vol. I. T. 3. nr. 21). *Averanii* interpr. II, 13. *Meissner* §. 76—82. — Neque vero rursus destructo aedificio pignus quoque exstinguitur. Vid. §. 414. not. 6. — Caeter. cf. et §. seq. not. 9.

5) L. 7. pr. D. *qui pot. in pign.* XX, 4. L. 6. C. *de servo pign. dato manum.* VII, 8. — coll. cum L. 2. D. *qu. ex facto tut.* XXVI, 9. (§. 369. not. a. et infra §. 424. not. 8. §. 451. not. 1). cf. *Glück* XIX. p. 48—57. — Ac simile quidem jus et dotis nomine mulieribus tribui posse videtur, scil. ex regulae, quam

supra (§. 272. ad not. 5.) proposuimus conjunctione cum L. 30. C. *de j. d.* V, 12.

6) L. 1. 2. C. *comm. de leg.* VI, 43. §. 2. J. *de leg.* Nov. 108. c. 2. — *Meissner* §. 179—188. *v. Löhr* Archiv f. civ. Pr. V. Nr. 7. (cf. §. 425. not. 5).

§. 423.

c) *Communia de utroque taciti pignoris genere.*

Incipit tacitum pignus ipso jure, simul ut causa exstitit illius efficiens [1]). Eaque plerumque est juris ipsius causa, cui pignus accedat, etsi nihil adhuc vere debetur [2]), dummodo omnino jamjam adsit jus certum ac definitum [3]). Quemadmodum autem locatorum pignus non prius incipiet, quam in praedium invectae ibive natae fuerint res [4]), sic contra liberorum in bonis parentum jus pignoris ad id tempus referendum est, quo primum res ad parentes delatae sunt, quas nunc coguntur liberis cedere [5]). Quoniam autem totidem sunt singularia jura, quot tacita pignora, sponte sequitur, ut ad alias causas, nisi quae ipsis legum verbis continentur, non debeant proferri. Nullo igitur jure universorum bonorum pignus tribui solet ecclesiis omninoque piis corporibus, porro rebus publicis [6]), et his quidem omnibus in bonis administratorum eorumque qui alioquin debitores ex contractu sint, tum etiam in furum bonis eis, quibus res subripiantur [7]), aliisque quibusdam [8]). Nec magis defendi potest jus pignoris eorum, qui ad rem quamcunque aut emendam, aut reficiendam, aut exaedificandam, aut instruendam, pecuniam aliudve quid crediderint [9]), plurium etiam, de quibus accuratius dicere non attinet [10]).

1) *Meissner* §. 16.

2) L. 1. pr. D. *qui pot. in pign.* XX, 4. „Quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis." L. 6 in f. C. *de bonis quae liberis* VI, 61. „— dubitabatur, ex quo tempore hypothecas competere oporteat, utrumne ab initio, an ex eo tempore, ex quo male aliquid gestum est? compendiosa narratione interpretamur, initium gerendae, vel deferen-

dae administrationis esse spectandam, et non tempus, ex quo male aliquid gestum fuerit." — Quae quidem legis praecepta, cum a ratione ducantur, non est quod dubitemus, quin et in similes causas valeant. — cf. etiam *Glück* XIX. p. 139 et 169 in f. sqq. nec non Archiv f. civ. Pr. I, 27.

3) cf. *Wening* Civil. R. II. Buch §. 154. ad not. o.

4) L. 11. §. 2. D. *qui pot. in pign.* L. 5. C. *h. t.* (cf. §. 416. not. 15).

5) L. 6. §. 2. C. *de sec. nupt.* V, 9. — cf. et Nov. 22. c. 44. §. 6.

6) Vid. L. 2. C. *de jure reipubl.* XI, 29. — Caeterum aliud *Constantinus* beneficium impertivit civitatibus, de quo vid. L. 2. C. *de debitorib. civit.* XXXI, 52. — cf. *Meissner* §. 190.

7) Vid. *Carpzovii* Pr. rer. criminal. Qu. 80. nr. 119.

8) Vid. omnino *Meissn.* §. 189—205.

9) Quod quidem jus vulgo repetunt ex L. 5 in f. D. *qui pot. in pign.* XX, 4. (— „si in rem — conservandam impensum est, veluti *si navis fuit obligata*, et ad armandam eam rem, vel reficiendam ego credidero"), tum ex Nov. 79. c. 5. Vid. *Meissn.* §. 84. et *Glück* XIX. p. 39—47.

10) cf. *Glück* XIX. p. 58—61. et *Meissner* l. not. 7. laud. Caeterum cf. §. 422. not. 5 in f.

§. 424.

II) *De pignorum solutione* *).

Solvitur pignus aut ipsius debiti principalis exstinctione, aut ex causis quae proprie spectant ad pignoris obligationem. Ex priori igitur causa pignus perimitur tamquam obligationis accessio [1]), quacunque ratione facta sit ejus quod debetur solutio [2]). Quemadmodum autem novatione facta retineri potest pignus [3]), si etiam debiti summo jure amissi in integrum restitutione pignora quoque sponte redintegrantur [4]). In altero genere causarum hae sunt potissimum (cf. §. 428 in f.) 1) Temporis, si quod est pignoris solutioni praefinitum, eventus [5]). 2) Juris, quod apud pignoris auctorem erat, amissio, eaque talis, quae etiam onera rei imposita perimat [6]). 3) Rei pignori suppositae interitus [7]). 4) Confusio [8]). 5) Praescriptio, cum ea, quae ipsius rei dominium efficiat [8 b]), tum vero, quae excludat hypothecariam actionem (§. 427). 6) Remissio [9]), quae quidem et tacite fieri potest [10]). Nonnunquam etiam

7) rei oppigneratae alienatio perimit pignus, cum ex ratione juris communis [11]), tum ex ejusmodi causis, quae singulari jure constitutae sunt [12]).

*) Dig. (XX, 6.) *quib. mod. pign. v. hyp. solv.*

1) Vid. §. 412. not. 1. et L. 45. D. *de solut.* XLVI, 3. — Cf. tam. a) §. seq. not. 5. b) L. 7. §. 1. C. *de pr.* 30 *v.* 40 *ann.* VII, 39. (§. 427. not. 10).

2) L. 6. pr. D. *h. t.* — L. 5. C. *de luit. pign.* VIII, 31. L. 19. C. *de usur.* IV, 32. L. 11. §. 5. D. *de pign. act.* L. 75 in f. D. *de solut.* L. 11. §. 1. 2. D. *de pign. act.* L. 18. D. *de novat.* XLVI, 2. L. 4. D. *qui pot. in pign.* XX, 4. L. 5. pr. et §. 5. L. 15. D. *h. t.*

3) L. 11. §. 1. D. *de pign. act.* L. 5. pr. L. 12. §. 5. D. *quib. pot. in pign.* (infr. §. 451. not. 8).

4) L. 10. §. 1. D. *quot. met. c.* IV, 2. L. 50. D. *de minor.* IV, 4. (cf. §. 172).

5) L. 6. pr. D. *h. t.*

5) L. 4. §. 3. D. *de in diem add.* XVIII, 2. L. 3. D. *h. t.* L. 31. D. *de pign.* L. 1. C. *si pign. pignor.* VIII, 24. L. ult. §. 3. C. *comm. de leg.* VI, 43. (cf. §. 579. not. 6).

7) L. 8. pr. D. *h. t.* — L. 13. pr. L. ult. D. *de pign.* L. 21. D. *de pign. act.* — cf. §. 414. not. 5. 6.

8) Cf. §. 411. not. 2. — Neque vero perpetua est regula, scil. exstingui pignus, dominii rei translatione facta ad creditorem. Nam vid. a) §. 422. not. 5. et §. 451. not. 1. nr. b. — b) L. 17. D. *qui pot. in pign.* — c) L. 30. §. 1. D. *de exc. rei jud.* XLIV, 2. — d) L. 3. C. *de his qui in prior.* rel. VIII, 19. L. 1. C. *si antiquior. creditor.* VIII, 20. — e) infra §. 451. init. et not. 1. nr. a. — cf. *A. Gu. L. Weber* D. de pec. hereditar. *rel.* (Goett. 1816.) c. II. — Vid. de toto hoc argumento *Wening* das Pfandr. an eigner Sache (Arch. f. civ. Pr. VI, 5). et *Francke* civ. Abh. p. 107—124.

8 *b*) Quod quidem secus erat in rerum usucapionibus. L. 44. §. 5. D. *de usurp.* XLI, 3. L. 7. C. *de pign.* At vid. §. 570. not. 8. et §. 377.

9) L. 5. pr. D. *h. t.* L. 25. C. *de pign.* VIII, 14. T. T. C. *de remissione pignor.* VIII, 26. — L. 7. pr. L. 8. §. 1—5. D. *h. t.*

10) Velut a) rem oppigneratam vel pignoris cautionem reddendo, (L. 7 et 9. C. *h. t.* — cf. L. 2 in f. L. 3. D. *de pact.*), tum etiam legando eam debitori L. 1. §. 1. D. *de lib. leg.* XXXIV, 3; — b) aliam accipiendo cautionem, sive pignorum sive fidejussorum L. 9. §. 3. D. *de pign. act.* — L. 5. §. 2. L. 14. D. *h. t.* cf. tam. L. 6. §. 1. 2. *eod.* L. ult. C. *de novat.* VIII, 42. *Glück* XIX. p. 419 in f. sq. — c) Permittendo pure ac simpliciter ut alienatio rei fiat (L. 158. D. *de reg. jur.* L. 4. §. 1. L. 8. §. 11. D. *h. t.* L. 2. C. *h. t.* — cf. §. 425. not. 2.), dummodo alienatio et vere facta sit, et jure valeat, nec rursus ab ea recedatur (L. 8. §. 6. et §. 11 in f. *h. t.* L. 4. §. 2. L. 10. pr. *eod.*), tum etiam intra concessionis leges steterit debitor (L. 8. §. 14. 17 et 18. D. *h. t.*), eatenus quidem, quatenus eas

servari omnino ad creditoris interfit utilitatem (L. 8. §. 15. *eod.* — cf. §. 115. not. 6). — Caeterum iste quoque creditoris consensus tacite potest significari (L. 8. §. 15 in f. *eod.*); sola vero ipsius praesentia ac silentium plerumque non est consensus loco (L. 8. §. 15. *eod.*; exc. vid. L. 1. 6. 8. 9. C. *h. t.*). Quemadmodum autem, alienatione facta, creditor repelletur, etsi nondum res tradita sit (L. 8. §. 12. *eod.*), sic nec eo pignus convalescet, quod aliquando res in debitoris dominium redient. L. 8. §. 7. 8. D. *h. t.* L. ult. C. *h. t.* — d) Consentiendo in ulteriorem rei obligationem L. 12. pr. D. *h. t.* — L. 9. §. 1. *eod.* — Caeter. vid. L. 12. §. 4. D. *qui pot. in pign.* „Erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit: utrum ut discedatur ab hypotheca in totum, cum prior concessit creditor, alii obligari hypothecam, an ut ordo servetur, et prior creditor secundo loco constituatur." cf. *Hofacker* pr. j. R. G. §. 1227. *Glück* XIX. p. 429—456. — At in omnibus hujusmodi causis protestatione interposita impediri potest, quo minus creditor pignus remittere videatur (cf. §. 141).

11) a) L. 5. C. *de his qui in prior. cred. loc.* VIII, 19. — b) L. C. *h. t.* (VIII, 26).

12) a) L. 8. C. *h. t.* (VIII, 26). — b) L. ult. §. 5 sqq. C. *de jure delib.* VI, 30.

TIT. III.
DE PIGNORIS JURE.

§. 425.

I) *Jus creditoris in ipsa re pignerata. — Generalis hujus juris definitio.*

Quoniam eum in finem pignoris obligatio fit, ut suum sibi creditor consequatur, hoc jus sponte inesse pignori nemo non intelliget, ut creditor, nisi justo tempore ei satisfactum sit, incumbere rei obligatae eamque distrahere possit [1]). Propter quod actiones ei comparatae sunt, aut in rem aut in personam (§. 427). Nec vero plerumque eo prohibetur debitor, quo minus ipse aut ad alios transferat rem oneraque ei imponat [2]), aut reliquis utatur juribus, quae insunt dominio [3]). Caeterum individua est pignoris causa [4]), hac quidem potestate, ut partis facta solutione nihilominus totum maneat pignus obligatum [5]), usque adeo, ut nec inter plures ejusdem pignoris aut creditores aut debitores dividatur pignus, licet ipsa obligationis causa inter eos divisa sit

1) T. T. C. *debitorem venditionem pignoris impedire non posse* VIII, 29. — Nec vero cogi creditor potest, ut *ipse* pignus vendat. L. 6. pr. D. *de pign. act.* L. 15. §. 5. D. *de re jud.* XLII, 1. — cf. *Westphal* §. 190.

2) L. 12. C. *de distr. pign.* VIII, 28. Nov. 112. c. 1. — cf. et §. 424. not. 10. nr. *c* et *d.* — Caeter. vid. a) L. 3. D. *de manumiss.* XL, 1. L. 4. L. 27. §. 1. D. *qui et a quib. manum.* XL, 9. L. 3 et 4. C. *de servo pign. d. manum* VII, 8. L. 6 et 9. D. *qui pot. in pign.* — b) L. 19. §. 6. L. 66. pr. D. *de furt.* XLVII, 2. cf. *Westphal* §. 20. (Vid. supra §. 571. not. 12). — c) §. 429. not. 5.

3) a) L. 21. §. 2. D. *de pign.* — b) L. 1. 3. C. *de pign. act.* IV, 24. — c) Retinet etiam vindicationem rei, quatenus ea contraria non est creditoris juri. L. 9. C. *de pign.* cf. *Glück* XVIII. p. 180.

4) Vid. ll. not. sqq. excitt. et *Averanii* interpr. II, 12. nr. 17 sqq. — A qua regula nec recedit L. 1. C. *comm. de leg.* (§. 422. not. 6), siquidem statim ab initio nihil obligatur honoratis, nisi ea bonorum pars, quae ad oneratos perveniat.

5) L. 6. C. *de distr. pign.* L. 2. C. *debitor. vendit. pign. imp. n. posse.* — L. 19. D. *de pignor.*

6) T. T. C. *si unus ex plurib. heredib. creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit* VIII, 32. — L. 11. §. 4. D. *de pign. act.* — L. 65. D. *de evict.* XXI, 2. L. 1. 2. C. *de luitione pignor.* VIII, 31. („Intelligere debes vincula pignoris durare, actione personali submota.") cf. *Auctoris* Cession p. 329 sq. (ed. 2). Caeter. vid. *Francke* civilist. Abh. p. 78 sqq. — Neque vero omnino haec quaestio pertinet ad eas obligationes, quae ex diversis debendi causis descendunt. Vid. §. 431. not. 4.

§. 426.

A) *De jure pignoris in re corporali constituti, eoque 1) ordinario. a) Jus distrahendi* *).

Venduntur pignora propter debitoris moram [1]), hoc pacto ut, si forte temporibus divisa sit solvendi obligatio, plerumque non prius vendi possit pignus, quam omnium pensionum dies praeteriti sint [2]). Nec possidenti solum, verum etiam ei, qui non possidet, pignus licet vendere [3]). Potest etiam creditor, aut plurium rerum aut generali pignore constituto, quas voluerit res vendendas eligere [4] *), praeterquam eas, quae aut lege, aut privatorum arbitrio exceptae sunt [4]). Porro modus quidam et certus ordo pignoribus distrahendis praescriptus est, utique iis, quae judicati exsequendi causa capiun-

tur [5]). Jam vero pignora capta post induciarum tempus (§. 163.) ex magistratus auctoritate venduntur [6]); caetera et privatim et proscriptionibus factis vendere licebit creditori [7]), scil. hoc pacto, ut debitori testato denuntiet ac deinde etiam per biennium exspectet solutionem [8]). Praeterea in vendendo pignore creditor non solum sine fraude agere verum etiam ad instar procuratoris diligentiam debet adhibere [9]); nec fere ipse rem pigneratam emere sibi potest [10]). Quodsi emtorem nullum probabilem res inveniat, tum aut missionem per magistratum, aut dominium per principem impetrare poterit creditor [11]), sic tamen, ut, extra captorum pignorum causam, non nisi iteratâ denuntiatione dominium creditor impetret, tum etiam debitori jus sit, intra biennium exsolvendo pecuniam, rem suam recuperare [12]). Facta vero venditione, si quid forte supererit, id, postquam satisfactum est creditori, reddatur debitori [13]). Transfertur autem jus ad emtorem ejusmodi venditione omne id, quod fuit penes debitorem [14]), qui quidem plerumque nec redimendae rei facultatem habet [15]). Quodsi vero non jure facta fuerit venditio, rem poterit debitor vindicare [16]), sin negligenter aut dolo malo actum sit, nunc adversus creditorem ad damnum datum resarciendum, nunc ad restituendam rem adversus emtorem actionibus in personam aget [17]). Evictionis autem nomine creditor, qui quidem *jure creditoris* vendidit, non tenetur emtori [18]), praeterquam aut ex pacto, aut ex dolo, aut propterea etiam, quod potentius est jus aliorum creditorum [19]). Caeterum venditione jus pignoris tollitur, et ejus qui vendidit, et aliorum creditorum, qui aut inferiores illo sunt, aut programmate admoniti, cum praesentes essent, jus suum persecuti non sunt [20]), sic tamen, ut creditor, qui ex rerum venditarum pretio aut nihil aut minus debito sine sua culpa abstulerit, jus suum retineat adversus debitorem [21]), tum etiam impensarum necessariarum restitutionem jure petat [22]).

*) Dig. (XX, 5.) Cod. (VIII. 28.) *de distractione pignorum.*
1) L. 4. D. L. 7. 8. C. *h. t.*
2) L. 8. §. 3. D. *de pign. act.*
3) L. 7. pr. et L. 13. D. *h. t.* —. cf. *Gesterding* p. 139—143.
4 *a*) L. 8. D. *h. t.*
4) Vid. §. 414. not. 10. 11. 12. 14. Add. L. 9. C. *h. t.* et L. 2. D. *qui pot. in pign.* „Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur: quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit. Quodsi ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset: deficiente *secunda conventione*" (i. e. pacto adjecto propter generalis pignoris sufficientiam inutili effecto) „secundus creditor in pignore postea dato non tam potior, quam solus invenietur." — E magno scriptorum numero, qui huic loco, omninoque argumento proposito, operam dederunt, inprimis efrendi sunt: *Cujacius* ad Lib. 5. resp. Papin. (opp. posth. ed. *Fabr.* T. I. P. 2. p. 126 sqq.). *Id.* obs. XI, 32. *J. F. Wordenhoff* D. de concursu et collis. utriusq. hyp. t. general. t. special. (in *Oelr.* nov. th. diss. in ac. belg. Vol. I. P. 2. Nr. 11). *Westphal* §. 35 et 41. *A. D. Weber* Beitr. z. stillschw. Pfdr. nr. 2. (Vers. p. 117 sqq.): *Glück* XVIII. p. 235—251. cf. et §. seq. not. 8. et §. 414. not. 10. b.
5) L. 15. §. 2. D. *de re jud.* XLII, 1.
6) L. 2. C. *si in causa jud. p. capt.* VIII, 23. L. 21. D. *de re jud.* coll. cum L. ult. §. 1. C. *de usur. r. jud.* VII, 54.
7) L. 3. pr. C. *de j. dom. impetr.* VIII, 34. cf. L. 4 et 9. C. *h. t.* — *Gesterd.* p. 151 sq.
8) L. 3. §. 1. C. *de j. dom. impetr.* (cf. L. 4. C. *h. t.*).
9) L. 4. 9. C. *h. t.* L. 22. §. 4. D. *de pign. act.* L. 3. C. *si vend. pign. agatur* VIII, 30. L. 29 in f. D. *de fam. erc.* X, 2.
10) L. 10. C. *h. t.* — L. 34. D. *de pign. a.* L. 2. C. *si in o. jud.* VIII, 30.
11) a) L. 3. C. *de exsec. rei jud.* VII, 53. — b) T. T. C. *de jure dom. impetr.* VIII, 34. L. 3. C. *si in c. jud. p. capt.* VIII, 23. — cf. L. 24. pr. D. *de pign.* L. 63. §. 4. D. *de a. r. d.* XLI, 1.
12) L. 3. §. 2. 3. C. *de j. d. impetr.* — cf. etiam L. 3. §. 4. *eod.* cum L. 15. §. 3. D. *de r. jud.* XLII. 1. — L. 3. §. 5. C. *de j. d. impetr.*
13) L. 24. §. 2. D. *de pign. a.* L. 31 in f. D. *de re jud.* — L. 7. D. *de pign. act.* — L. 35. pr. *eod.* — cf. L. 12. §. 5. D. *qui pot. in pign.*
14) L. 46. D. *d. a. r. d.* XLI, 1. L. 12 et 18. C. *h. t.*
15) L. 2. C. *si antiq. cred.* VIII, 20. — Exc. a) L. 13. pr. D. *de pign. a.* L. 7. D. *h. t.* (*Auctoris* Cession p. 83 sq. (ed. 2.) — b) L. 2. 5. 6. D. *h. t.* — c) L. 3. §. 3. C. *de j. domin. impetr.* — d) L. 7. §. 1 in f. D. *h. t.*
16) L. 5 et 8. C. *h. t.* L. 2. C. *si vend. p. ag.* VIII, 30.
17) L. 4. 7. C. *h. t.* T. T. C. *si vend. pign. ag.* VIII, 30. — *Glück* XIX. p. 392 sqq.
18) L. 11. §. 16. D. *de a. e. v.* XIX, 1. L. 1. C. *creditorem evictionem pignoris non debere* VIII, 46. — L. 10. D. *h. t.* — L. 38. D. *de evict.* XXI, 2.
19) L. 59. §. 4. D. *mand.* XVII, 1. L. 2. C. *cred. evict. pign. n. debere.* L. 1. *eod.* cf. L. 8. C. *qui pot. in pign.*

20) L. 26. D. *de solut.* XLVI, 3. — cf. §. 424. not. 11.
21) L. 9. D. L. 5. C. *h. t.*
22) L. 29 in f. D. *fam. erc.* X, 2.

§. 427.

b) *Pignorum persecutio.*

Pignoris persequendi causâ I) in rem actio (Serviana et qu. Serviana, hypothecaria, in r. a. pigneratitia [1])) comparata est creditori adversus quemcunque rei obligatae possessorem, eum quoque, qui propter dolum fingitur esse possessor [2]), ad rei possessionem restituendam cum omni causa [3]). Nam ut debitum exsolvatur agi non potest, nisi adversus ipsum debitorem, sic tamen, ut etiam extraneus rei possessor solvendo pecuniam actione liberetur [4]). Nec plerumque haec actio prius datur, quam solutionis tempus praeteritum sit [5]), praeterquam si periculum adsit rei amittendae [6]). Actor autem, obligatam sibi esse rem, utique probare necesse habet, ac praeterea etiam, si quidem adversus alium creditorem agit, de eo, sibi esse potentius jus, sin adversus extraneum pignoris possessorem, eumque talem, qui jus suum non ducit ab ipso pignoris auctore, etiam de jure debitoris ejusve, cujus voluntate data est hypotheca, judici debet fidem facere [7]). Exceptiones vero, quae agentibus obstant, hae sunt potissimum: 1) excussionis, aut personalis aut realis, ut ajunt, exceptio. Ac prioris illius haec est vis, ut primo creditor debitori, heredibusve ejus aut fidejussoribus, judicio extorquere cogatur pecuniam [8]). Realis vocant excussionis exceptionem, quae generalis hypothecae possessori adversus eum datur creditorem, cui et generale et speciale pignus constitutum est [9]). 2) Doli s. cedendarum actionum exceptio, quae tamen non nisi ei competit, qui ex justa causa ac bona fide pignus possidet [10]). 3) Praescriptionis exceptio, scil. tempore exclusam esse hypothecariam actionem. Praescribitur vero hypothecariae actioni aut ordinario tempore, i. e. triginta annorum spatio, aut longiori etiam. Ordinaria praescriptione utitur extra-

neus rei possessor. Debitor autem possidens, nonnisi post quadraginta annorum spatium excludit hypothecariam actionem; atque eodem jure vivo quidem debitore etiam creditor, qui infirmiori jure rem possidet, utitur, scilicet post debitoris mortem item triginta annorum silentio ad excludendam hypothecariam actionem sufficiente [11]). Potest etiam 4) eorum nomine, quae utiliter in rem impensa sunt, pignus retineri, scil. ab eo, qui debitor non est [12]). Praeterea II) adipiscendae possessionis interdictum, cujus Salviani est nomen, proditum est praedii rustici locatori [13]), non modo adversus ipsum colonum, verum etiam adversus omnes rerum pignori obligatarum possessores [14]). Ad cujus similitudinem quasi Salvianum interdictum, omnino omnibus creditoribus, qui hypothecaria uti possunt actione, hodie impertiri solet [15]).

1) §. 7. J. *de act.* L. 7. §. 12 in f. *comm. div.* X, 3. (cf. §. 415. not. 4).
2) L. 16. §. 3. D. *de pign.* XX, 1. — L. 12. pr. §. 7. D. *qui pot. in pign.* XX, 4.
3) L. 66. pr. in f. D. *de evict.* XXI, 2. — Observ. 1) fructus rei peti non posse, nisi qui aut post L. C. percipiantur, aut a debitore percepti sint, aut de quibus, ut pignori essent, nominatim convenerit. L. 16. §. 4. D. *de pign.* (— „ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. — — Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, *nisi exstent, et res non sufficit*"). — L. 1. §. 2. D. *eod.* cf. L. 29. §. 1. *eod.* et *Paulli* sent. rec. II, 5. §. 2. Vid. *Cujac.* ad Papin. resp. Lib. XII. (opp. posth. ed. *Fabr.* I, 2. p. 479 sqq.). — 2) Adversus eum, qui aut nolit restituere aut dolo desierit possidere, litem esse aestimandam; quodsi impediatur tantum possessor, quo minus nunc restituat, cautionibus rem esse expediendam. L. 16. §. 3. L. 21. §. 3. D. *de pign.* cf. *Chesii* differ. jur. 75. (in *Heineccii* jpdtia R. et Att. II. p. 844).
4) L. 16. §. 3. „*si vero possideat*" D. *de pign.* L. 12. §. 1. D. *quib. m. pign. solv.* L. 19. C. *de usur.* IV, 32. — cf. *Glück* XVIII. p. 333—344. — Vid. et L. 28. pr. D. *de pign. act.*
5) cf. L. 5. §. 1. D. *quib. m. pign. solv.* XX, 6.
6) L. 14. pr. D. *de pign.* (cf. *Gaupp* de nomin. pign. p. 64 sqq.).
7) L. 25. D. *de probat.* XXII, 3. (cf. §. 414. not. 16) L. 12. pr. D. *qui pot. in pign.* — L. 18. D. *de pign.* — L. 14. D. *qui pot. in pign.* — cf. *Gesterding* §. 44. et *Glück* XVIII. p. 388 sqq.
8) Nov. 4. c. 2. (cf. *Glück* XVIII. p. 359—369). — Nec specialis hypothecae possessori haec exceptio denegatur. Dissent. *F. C. Conradi* D. de beneficio excussionis possessori hypothecae specialis non competente (Helmst. 1737) §. 8 sqq. propter Nov. 112. c. 1. Sed vid. *Westphal* §. 278. not. 309.
9) cf. §. 426. not. 4. et add. *Gesterd.* p. 345 sqq.

10) L. 19. D. *qui pot. in pign.* — *Auctoris* Cession p. 407 sq. (ed. 2.).
11) L. 7. pr. §. 1. 2. C. *de pr.* 30 *vel* 40 *ann.* VII, 39. *Thibaut* Verj. §. 54. — cf. *Auctoris* Cession p. 432.
10) L. 29. §. 2. D. *de pign.* — cf. L. 44. §. 1. D. *de damno inf.* XXXIX, 2. Vid. *Cujac.* ad African. Tr. IX. (opp. prior. ed. *Fabr.* I. p. 1568 sq.).
13) §. 3. J. *de interd.* Dig. (XLIII, 33.) *de Salviano interdicto.*
14) L. 1. §. 1. D. *h. t.* — Cui contrarium esse videtur, quod rescribitur L. 1. C. *de precario et Salviano int.* VIII, 9; quare adversus extraneos non dari hoc interdictum censent *v. de Water* obs. I, 14. *Püttmann* varior. opusc. syll. IX, 6. p. 275 sqq. aliiq. Caeter. vid. *Cujac.* obs. V, 24.
14) cf. *Leyser* sp. 511. m. 5. — Vid. et *Püttmann* l. l. IX, 7. p. 288 sqq.

§. 428.

2) *De adventitio pignoris jure eoque* a) *tali, quod ex rei possessione et vel maxime ex contractu pignoris proficiscatur.*

Creditor qui in possessione est pignoris, et actionibus utitur, quae ipsius rei tuendae juriumque ad illam spectantium persequendorum causa propositae sunt [1]), et rem retinere potest usque eo, donec ipsi satisfactum erit de debito [2]). Pluribus etiam is gaudet juribus, qui ex pigneratitio contractu rem tenet, siquidem et ad interdicta habet possessionem [3]), et rei aut evictae aut vitiosae, tum etiam impensarum nomine agit adversus debitorem [4]), nec restituere rem debitori cogitur, nisi ea quoque pecunia reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur [5]). Sunt tamen et peculiares quaedam hujus juris finiendi causae: rei abusus et non praestita cautio damni infecti nomine [6]).

1) L. 4. §. 9. D. *fin. reg.* X, 1. L. 11. D. *de damno inf.* XXXIX, 2. — L. 17. pr. L. 30. §. 1. D. ad L. Aq. IX, 2. L. 87. D. *de furt.* XLVII, 2. — L. 16. D. *de servit.* VIII, 1. L. 9. D. *de n. o. n.* XXXIX, 1.
2) L. 1. pr. in f. D. *de pign.*
3) §. 346. not. 5. — Cui etiam conveniens erat, ut debitor rem pignori datam subripiendo furtum committeret L. 19. §. 5. D. *de furt.* XLVII, 2. §. 10. J. *de furt.* (cf. §. 426. not. 2 in f.). Potest igitur ex nova obligandi causa rursus concedere rei usum debitori. cf. L. 35. §. 1. L. 37. D. *de pign. act.* L. 6 in f. D. *de prec.* XLIII, 26.
4) L. 9. pr. L. 31. 32. D. *de pign. act.* — L. 8. pr. *eod.*
5) L. un. C. *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse.* VIII, 27. — Quod quidem jus ad alios quoque creditores pertinere, ad eos certe, quibus ex conventione res obligata sit, affirmant *Bachov* (III, 5), *Erxleben* l. l. §. 201 sqq. et *W. F. Wie-*

Wiese (resp. *Schroeder*) de retent. pign. tam ob eadem quam ob diversa (Rost. 1780.) §. 20. 36 sqq. aliique. Sed cf. quae de legum et posteriorum et singularium interpretatione supra scripta sunt, maxime §. 63. et §. 64. not. 10. 11.

5) a) L. 24 in f. D. *de pign. act.* — b) L. 25. D. *de d. inf.* XXXIX, 2.

§. 429.

b) *De jure, quod ex pactis adjectis oritur.*

Pacta quae aut hypothecarum conventioni aut pignoris contractui jure ac licito adjiciuntur, vel ad venditiones aut faciendas aut non faciendas spectant, vel de usu rerum obligatarum ineuntur, vel ingrediendae possessionis jus tribuunt creditoribus; quod quidem posterius pactum jam alio in loco tetigimus [1]). In priore autem genere haec sunt, quae certam legem praescribunt venditionibus [2]), tum etiam illa: ut vendere pignus liceat, et rursus, ne liceat. Quorum utrumque, licet proprie nullam habeat vim (§. 425. not. 1), tamen illud quidem efficit, ut sine ulla debitoris denuntiatione, hoc vero, ut non nisi post trinam denuntiationem vendi pignus possit [3]). Potest etiam pacto constitui, ne liceat debitori pignus vendere [4]). Quodsi ita res pignori datur, ut mutuus pignoris usus sit pro credito, i. e. ut creditor re utatur fruatur usurarum vice, ἀντίχρησις dicitur contrahi [5]). Eaque et tacite contrahitur, cum rem fructuosam debitor, qui gratuitâ pecuniâ utitur, pignori dat [6]). Jam vero ex tacita antichresi creditor non nisi ad legitimum usurarum modum retinere fructus potest [7]). Quodsi usurarum obligatio exsistit (§. 180. not. 9), sola quidem rei traditione non efficitur ἀντίχρησις, sed rationes reddat creditor necesse est, tum etiam fructus aut restituat debitori, aut in usuras et praeterea etiam in sortem accepto sibi referat [8]). Sin vero eâ lege res datur, ut mutuus sit et rei et pecuniae usus, nihil prohibet, quo minus legitima usurarum quantitas excedatur [9]), nisi aut de certa compensandi ratione inter partes convenerit [10]), aut rem creditor aliis utendam fruendam locaverit [11]). Atque haec quidem de licitis pactis. Improbatur autem commissoria lex, qua cavetur, ut pignus propter moram debitoris vice solutionis cedat creditori [12]). Qua qui-

dem prohibitione non utique omnis rei pigneratae aut venditio aut in solutum datio inter debitorem et creditorem interdicitur [13]), ne ea quidem venditio, quae statim in pignore contrahendo sub lege pretii quandoque definiendi fiat [14]).

1) §. 146. not 6. — Vid! et L. 11. C. *de pign. act.* IV, 24. et *Westphal* §. 70. not. 93.
2) L. 5. §. 1. C. *de j. dom. impetr.* VIII, 34.
3) a) arg. §. 1. J. *quib. alien. lic.* L. 12. C. *de ctr. stip.* VIII, 38. — b) L. 4 et 5. D. *de pign. act.* (cf. *Paulli* sent. rec. II, 13. §. 5 et ib. *Schulting*). *Noodt* ad Pand. XX, 1. §. *Postquam de actione*.
4) L. 7. §. 2. D. *de distr. pign.* (cf. §. 378. not. 9).
5) L. 11. §. 1. D. *de pign.* L. 33. D. *de pign. act.* — *Cujac.* obs. III, 35. *Noodt* obs. II, 9.
6) L. 8 D. *in quib. c. p. tac. ctr.* XX, 2.
7) L. 8. D. laud. et Basilic. Schol. IV. p. 52. not. a. *Cujac.* VIII, 17. — Dissent. *Glück* XIV. p. 51—57.
8) L. 2. C. *de partu pign. et omni c.* VIII, 25. L. 1. 2. 3. L. C. *de pign. act.* IV, 24. L. 1. C. *de distr. pign.* VIII, 28.
9) L. 14. L. 17. C. *de usur.* IV, 32. — Neque vero dubitandum, quin manifestam iniquitatem judex emendare atque ad aequitatis bonaeque fidei (§. 28. J. *de act.*) normam ejusmodi cautionem exigere queat. cf. supra §. 45.
10) L. 1. §. 3. D. *de pign.*
11) arg. L. 14. C. *de usur.* — Aliorum de toto hoc argum. opiniones vid. ap. *Glück* XIV. p. 114—125. — cf. *Mackeldey* Lehrb. §. 372. not. 2.
12) L. 5. C. (de pactis pignor. et) *de lege commissoria in pignor. rescind.* VIII, 35. — *J. G. van Musschenbroek* Sp. de lege commissoria in pignore. Lugd. Bat. 1752. *A. D. Weber* Vers. i. d. Civ. R. Nr. V. — *Glück* XIV. §. 869.
13) L. 12. pr. D. *de distr. pign.* L. 13. C. *de pign.*
14) L. 16. §. 9. D. *de pign.* — Dissent. *Weber* l. l. §. 7. — gis etiam disceptatur de aliis speciebus, num in prohibitarum numero habendae sint, velut de ea, quae proponitur L. ult. D. *de contr. emt.* XVIII, 1. cf. *Glück* l. l. p. 101 sqq. *Thib.* civ. Abh. p. 89. not. 24.

§. 430.

B) *De jure pignoris in re incorporali constituti.*

1) Creditores qui in emphyteusi vel superficie habent jus pignoris, prorsus simili utuntur jure, ut ii, quibus corporalis res obligata est (§. 413. not. 6). 2) Is vero cui usufructuarius jus suum pignori dedit, ejus habet similis, ad quem ex emtionis aliave ex causa juris illius usus translatus est [1]). 3) Quod si a rei domino pignoris jure servitus constituitur, tum eodem modo, ut alii, quibus servitus debetur, etiam creditor illo jure utetur

quid? quod creditor, qui rusticorum praediorum servitutem pignoris jure habet constitutam, eam vicino vendere potest, scil. si intra certum diem pecunia soluta non est [3]. 4) Nomine oppignerato, ipsa debitoris obligatio pignori obstringitur [4], hoc pacto ut, ex quo in mora constituitur debitor [5], hujus ipsius debitorem denuntiando creditor sibi solvendi necessitate devincire potest, tamquam ex jure cesso [6]. Jam vero nominum distractio dupliciter fit: aut conveniendo debitoris debitorem actionibus, utilibus illis quidem, quibus directis uti poterat primus creditor [7], aut vendendo nomina, seu aliis eadem rursus cedendo [8]. Quemadmodum autem rei, quae interiit, pignoris obligatio omnino esse nequit (§. 424. not. 7), sic nominis quoque pignus exstinguitur, quoquo modo, juste tamen ac legitime, obligationis factâ dissolutione. Quodsi vero res, quae creditori primo debetur, ex corporalium numero est, solutione secundi creditoris jus transit in corporis pignus [9]. At vero 5) in pignoris pignore (§. 413. not. 4) duplex inest jus. Nam et pignus debitori constitutum secundus creditor persequitur, scil. iisdem actionibus quibus ille utitur, et simul ipsius nomen obligatum habet, quoniam hoc inter contrahentes agi credibile est [10]. Ac vix est quod admoneatur, etiam pignoris pignus prioris nominis exsolutione tolli [11].

1) L. 11. §. 2. D. *de pign.* (§. 413. not. 7.) et cf. supra §. 395. not. 1.
2) L. 12. D. *de pign.* — L. 1. C. *si pign. pignori* VIII, 24 §. *sed si vos.*
3) L. 12. D. *de pign.*
4) vid. supra §. 413. not. 3. et cf. *F. Gesterding* üb. die Schuldverbindl. als Obj. d. Pfandr. Greifsw. 1812. *J. H. Bohn* de nominis pignore. Gott. 1818. *E. T. Gaupp* de nominis pignore. Berol. 1820. 8. *P. E. Huschke* de pignore nominis ejus natura et effectu. *rel.* Gott. 1820. *Auctoris* Cession p. 406—410. (ed. 2).
5) Num etiam medio tempore creditor jure suo uti possit? quaeritur. Vid. *Auctoris* Cession p. 407 sq. nr. 6. cf. *Huschke* l. l. p. 33 sqq. et *Gaupp* l. l. p. 60 in f. — 67. — Nobiscum dissent. *Gesterding* l. l. p. 28 sqq.
6) Vid. *Auctoris* Cession p. 183 — 185. p. 444. p. 506. nr. a. et scripta *Bohnii*, *Gauppii* et *Huschkii* not. 4. laudd. — Caeterum de eo quod differat inter singularis nominis obligationem illudque, quod universorum bonorum pignore continetur, cf. *Gaupp* p. 55 sqq. et p. 83 sqq. et *Huschke* p. 68 sqq.
7) L. 7. C. *de her. vel act. vend.* VI, 39. L. 4. C. *quae res pign. oblig.* VIII, 17. L. 20. D. *de pign.*
8) cf. L. 15. §. 10. D. *de re jud.* XLII, 1. cf. *Huschke* p. 43.
9) L. 18. pr. D. *de pign. act.*

10) L. 1. C. *si pign. pignori dat.* VIII, 24. L. 13. §. 2. D. *de pignor.* „Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debeatur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori, nummorum solutorum nomine, utilis actio danda sit, an non: quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomp. scribit: siquidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exactâ eâ creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem." De quo quidem loco vid. *Auctoris* Cession p. 433—435. — cf. *Huschke* l. l. p. 27—31. et *Gaupp* l. l. p. 40—48, quos quidem non prorsus habeo consentientes.

11) L. 40. §. 2. D. *de pign. act.* L. 1 et 2. C. *si pign. pignori dat.*

§. 431.

II) *Creditorum pigneratitiorum concursus* *).

Quoniam rei alienae invito domino pignus imponi nequit (§. 416. nr. 3), sequitur, ut nec hi, qui in vendendis rebus dominium sibi reservarunt, nec quibus ita prospectum est legumlatorum decreto, ut dominia rerum pecuniâ ipsorum comparatarum ipso jure iis quaererentur, pignora posthac in illis rebus constituta agnoscere necesse habeant [1]. Ordinis autem ratio, quo ipsi inter se creditores collocandi sunt, aut ex temporis praerogativa definienda est, aut ex privilegio. I) Ex temporis praerogativa hoc pacto, ut, quo cujusque est antiquius jus, eo plerumque sit potentius [2]. Eaque temporis ratio inter omnes fere (§. 420. not. 8) locum habet creditores, inter eos quoque, qui privilegiis utuntur, talibus quidem, quorum non sua vi ac potestate alterum altero potentius est [3]. Quodsi duobus vel pluribus eodem die, sive separatim sive conjunctim, in solidum tamen, res pignori data est, possidentis est melior causa; sin aut nemo eorum possidet, aut pro parte duntaxat res obligata est, omnes in pignore concurrent [4]. Ac similis est eorum causa, qui aut a diversis non dominis pignus acceperunt [5], aut diem constituti juris nullum edere possunt, quibus etiam reliqui praeferuntur, utique hi, quorum ex temporis praerogativa pendet jus [6]. II) Privilegiorum ratio, quibus alii aliis sunt potiores, aut in singulari personarum favore posita est, aut in ipsa obligationis causa, aut a forma pendet juris constituti. 1) Ex

priori illa causa caeteris praeferendi sunt creditoribus fiscus, cum tributorum nomine [7]), tum propter ea, quae ex contractu illi debentur, scilicet in iis bonis, quae post contractum debitores acquisiverunt [8]); 2) uxor, ejusque liberi, dotem repetentes [9]). 2) Ex obligationis causa hi, quorum pecunia res debitoris aut comparata, aut refecta, ant servata est, *dummodo omnino habeant jus pignoris*, in ea re potentiores sunt, hoc pacto, ut posteriores praeferantur prioribus, quoniam illorum pecunia salvam fecit totius pignoris causam [10]). Denique 3) ex constitutionis forma potiores habentur, qui publico vel quasi publico instrumento sibi caverunt (§. 418). Inter omnes igitur creditores principem obtinet locum fiscus, quatenus habet privilegium [11]); secundum is, qui ad militiam emendam mutuam pecuniam dedit sibique instrumento, testium subscriptione munito, ut potiorem obtineret locum nominatim cavit [12]). Post hunc collocanda erit uxor quae dotem repetit, liberique ejus, qui etiam praeferuntur secundae patris ipsorum uxori, item repetenti dotem [13]); eosque excipiunt, qui pecuniâ credendâ aliis creditoribus salvam rem fecerunt [14]), et deinceps reliqui ita, ut quisque est tempore prior; ratione tamen habita pignorum publicorum et quasi publicorum praerogativae [15]).

*) Dig. (XX, 4.) et Cod. (VIII, 18.) *qui potiores in pignore habeantur.* — *Zimmern* geschichtl. Uebers. d. Pfandprivil. (Abhandl. X.) — cf. supra §. 205.

1) Quod quidem jus tribui nequit his, qui aut in rerum venditione hypothecam tantummodo sibi reservarunt, aut jus suum repetunt ex eo tempore, quo nondum erat res in ejus dominio, a quo nunc petitur. *Thibaut* civ. Abh. XIII. — Caeter. observ. a) eorum, qui isto modo dominium quaesierint retineri jus pignoris, certe adversus antiquiores creditores (§. 424. not. 8.) — b) Pupillos ac minores, si quidem aut pecuniam cum usuris habere malint, quam rei dominium, aut cum alio ejusdem tutoris pupillo in eadem re quoquo modo concurrant, tamen privilegio uti adversus eos, qui postea, quam pecunia pupillari res comparata est, pignoris obligationem acceperint. cf. supra §. 422. not. 5. et infra not. 10.

2) cf. §. 201. not. 5. et add. L. 12. §. 5. D. *h. t.* L. 2. 4. 8. C. *h. t.* (cf. L. 11. pr. L. 12. pr. §. 2. et 10. D. *h. t.*) — Excipiuntur a) qui pignus pignori acceperunt, scil. cum debitore concurrentes (§. 430. not. 10). b) Is cui specialiter res obligata est, cum eo de pignoris jure contendens, qui generale pignus, quamvis antiquius, simplex illud tamen, acceperat ab alio

pignoris auctore, cui postea demum res quaesita est. *Thibaut* l. l. p. 314—316; c) hi quorum pecunia in rem debitoris versa est (not. 10). Nonnunquam etiam d) eorum qui possident melior est conditio; not. 4. 5. — cf. et §. 420. not. 8.

3) a) L. 2. D. L. 6. C. *h. t.* — b) L. 8. D. *h. t.* — c) L. 12. §. 1 in f. C. *h. t.* Nov. 91. c. 1. (Quod quidem secus est in exigendi privilegiorum concursu. L. 32. D. de reb. auct. jud. poss. XLII, 5.)

4) L. 10. L. 16. §. 8. D. *de pign.* (*Glück* XIX. p. 223 sq. et p. 315 sqq.). — cf. L. 13. D. *h. t.* (*Westphal* §. 154).

5) L. 14. D. *h. t.* (cf. L. 18. D. *de pign.*)

6) cf. *Leyser* med. ad Pand. sp. 486. m. 8.

7) L. 1 in f. C. *si propter publ. pensit.* IV, 46. — *Meissner* stillschw. Pfdr. §. 99.

8) L. 28. D. *de j. fisci* XLIX, 14. „Si, qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere Papinianum respondisse: quod et constitutum est; *praevenit enim causam pignoris fiscus*." Nec contraria est L. 21. pr. D. *h. t.* (*Scaevola*: „Titius Sejae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Sejae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit: in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit. Quaesitum est: an Seja praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, itemque in his rebus, quas post priorem obligationem acquisivit, donec universum debitum suum consequatur? Respondi: nihil proponi, cur non sit praeferenda;") — quippe ex eo explicandum, quod novatione facta pignora retineri poterant (§. 424. not. 5); non magis quam L. 2. C. *de priv. fisci* VII, 73, quae, cum ambigua sit, ex Pandectis erit interpretanda. Caeter. de hoc argum. in primis cfrdi: *Hellfeld* opusc. nr. X. *Westphal* §. 164. p. 142. *Hennemann* üb. die bevorz. Hyp. d. Fisc. *rel.* Schwer. 1800. *Dabelow* Conc. p. 204—214. *Meissner* l. l. §. 100—106. *Unterholzner* jur. Abh. Nr. II. p. 59 sqq. *Zimmern* l. l. p. 295—300. *Seuffert* Erört. II. p. 123—130.

9) L. ult. C. *h. t.* Nov. 91. pr. et c. 1. — cf. *Auctoris* Pr. de jure ejus cui act. cess. cred. p. 55. not. **). Vid. et *K. A. v. Kamptz* Revis. d. Lehre v. Uebergang d. Brautschatzprivil. auf die Desc. d. Ehefr. Berlin 1811. A quo dissentit *Löhr* Archiv f. civ. Pr. V, 12. — (De aliis, quae hoc in loco quaeri solent, vid. §. 421. not. 8 et 10.)

10) L. 5. 6 7. pr. D. *h. t.* L. 7. C. *h. t.* (cf. L. 17. C. *de pign.*) Nov. 97. c. 3. 4. — Caeterum hanc rationem justo latius profert *Schweppe* Mag. Nr. VI. Vid. *Zimmern* l. l. p. 282 sqq. et *Seuffert* l. l. p. 118 sqq.

11) L. 1. C. *si propt. publ. pens.* et arg. L. 3. C. *de primipilo.* — *Boehov* l. l. IV. 10.

12) Nov. 97. c. 4. Vid. *Glück* XIX. p. 292 sqq. et p. 342.

13) Nov. 97. c. 3 et c. 4 in f.

14) Nov. 97. c. 3.

15) cf. *Seuffert* l. l. p. 140 sqq.

§. 432.

III) *De successione in creditorum locum* *).

Successio in jus pignoris duplex esse potest: aut in suum ipsius locum [1]), aut in alienum. Et in alius quidem creditoris jus aut per universitatem succeditur, aut singulari titulo. Itemque hoc aut communi jure fit, ut cedendo [2]), ut legando, aut jure singulari; de quo uno hic quaeritur. Jam vero hac ratione succedit 1) qui a creditore pignus emit, sive idem ipse creditor est qui emit, sive extraneus [3]); 2) is, cujus pecuniâ creditor dimittitur, si quidem pactus est, ut in dimissi locum succederet [4]); 3) qui judicio vicit priorem creditorem [5]); 4) is denique, qui jure offerendi utitur [6]). Quod quidem interpretamur creditoris pigneratitii jus, alii creditori solutionem rite ac legitime offerendo in hujus locum succedendi eoque facto suum ipsius jus confirmandi [7]). Adversus omnes autem creditores locum habet jus offerendi, etiam qui remotiori loco distant ab offerente [8]), eos quoque, qui privilegio muniti sunt [9]), aut pignoris jure rem tenent [10]), aut quibus venditum pignus vel in solutum est datum [11]), tum etiam adversus debitoris fidejussores, quorum pecuniâ ita dimissus est creditor, ut ad ipsos emtionis titulo dominium rei transiret [12]). Necesse autem habet, qui eo jure usurus est, ut alteri creditori pecuniam omnem, in quam pignus obligatum est [13]), rite offerat, et si is eam accipere nolit, oblatam legitimo modo deponat; quo quidem facto in dimissi locum succedit ipso jure atque ita, quasi ad eum cessione translatum esset prioris creditoris jus [14]). Quamvis autem offerens creditor non in ampliorem pecuniam, quam ipse alteri exsolvit, in hujus locum substituitur [15]), nihilo tamen minus jus suum pignoris ipse sibi confirmat offerendi jure usus, quo id maxime consequitur, ut aut nulla rebus vendendis mora fiat, aut rursus impediatur, quo minus jam vendi possint [16]). Nec adeo est quod dubitemus, quin etiam priori creditori adversus posteriorem offerendi jus profuturum sit, licet eorum vel maxime, qui inferiorem locum tenent, inserviat commodis [17]), ad

quos etiam, tamquam ad unos, usum illius referre juris nostri auctores soliti sunt [18]). Caeterum non utendo eodem temporis spatio exstinguitur jus offerendi, quo etiam hypothecaria actio tollitur [19]).

*) Dig. (XX, 4. Qui pot. in pign. habeantur et) *de his, qui in priorum creditor. loc. succedunt.* — Cod. (VIII, 19.) *de his qui in priorum creditorum loc. succedunt.* — *G. B. Beckmann* D. de successione creditoris in alterius et suum ipsius locum. Gott. 1781. — *Auctoris* Cession §. 45. p. 468—475. ed. 2.)
1) L. 3. pr. L. 12. §. 5. D. *h. t.* (cf. §. 424. not. 3).
2) L. 6. D. *de h. v. a. v.* XVIII, 4. — cf. L. 19. D. *h. t.* L. 2. C. *de fidej.* VIII, 41. Vid. et *Auctoris* Cession §. 44. nr. 9. p. 464—467.
3) L. 3. C. *h. t.* L. 17. D. *h. t.* L. 6. D. *de distr. pign.*
4) L. 3. D. *quae res pign. obl. poss.* XX, 3. L. 12. §. 8. D. *h. t.* L. 1. C. *h. t.* — Similis est species L. 12. §. 9. D. *h. t.*
5) L. 16. D. *h. t.* cf. *Glück* XIX. p. 377—381. et supra §. 105. not. 21.
6) *Haubold* de jure offerendi ex quo in prior. creditor. locum succeditur. Lips. 1794.
7) L. 22. C. *de pignor.* L. 1 et 5. C. *qui pot. in pign.*
8) L. 16. verb. *plane cum tertius* D. *h. t.*
9) L. 10. C. *qui pot. in pign.* L. 2. C. *h. t.*
10) L. un. C. *etiam ob chirogr. caus.* VIII, 27.
11) L. 5. §. 1. D. *de distr. pign.* L. 1. C. *si antiq. cred.* VIII, 20.
12) L. 2. D. *de distr. pign.*
13) Nam, ut eam quoque offerat pecuniam, quae sine pignore debetur, compelli non potest. L. un. in f. C. *etiam ob chir. caus.*
14) L. 2. L. 3. §. 1. D. *de distr. pign.* L. 18. D. *h. t.* L. 1. C. *qui pot. in pign.* — L. 11. §. 4. D. *h. t.* — *Gesterd.* p. 261—268. *Auctoris* Cession p. 469—472.
15) L. 16. verb. *plane cum tertius.* L. 20. D. *h. t.* — L. 12. §. 6. *eod.* L. 22. C. *de pign.*
16) L. 5. pr. D. *de distr. pign.* L. 8. C. *qui pot. in pign.* L. 5. C. *si antiq. cred.* VIII, 20. — (cf. not. 17.) Alia etiam offerenti tribuunt jura *Haubold* l. l. c. 6. et *Gesterding* p. 272. — Sed vid. *Auctoris* Cession §. 57 in f.
17) Vid. v. c. L. 12. §. 7. D. *h. t.* L. 1. D. *de distr. pign.* cf. *v. Wening* Lehrb. d. Civ. R. Buch II. §. 162.
18) Vid. eos, quos in priorib. notis excitavimus locos. — Caeter. cf. *Paulli* sent. rec. II, 13. §. 8. et L. 3. §. 1. D. *h. t.* (*Glück* XIX. p. 356 sqq.)
19) L. 7. §. 5. C. *de praescr. 30 v. 40 annor.* VII, 39.

ADDENDA.

p. 276 ad not. a. add. *A. L. J. Michelsen* D. de exceptione rei venditae et traditae. Berol. 1824. 8.

p. 317 ad not. 2: *C. Albert* über den Besitz unkörperlicher Sachen oder s. g. Gerechtigkeiten und die für den Schatz desselben angeordneten possessorischen Rechtsmittel. Leipz. 1826.

HALAE, TYPIS GEBAUERIIS.

